"十五"国家重点图书出版规划

21世纪法学研究生参考书系列

21SHIJIFAXUEYANJIUSHENGCANKAOSHUXILIE

商法的价值、源流及本体

Master of Laws

范健 王建文 ◎著

中国人民大学出版社

VISIT…

LANZAROTE Caliente.com

作者简介

范健，南京大学法学院教授、博士生导师，45岁。1988年南京大学法学院研究生毕业，1989年至1991年德国哥庭根大学法学院访问学者，2000年至2001年美国哥伦比亚大学法学院访问学者。1991年以来，发表学术论文近150篇，出版独著、合著及主编的教材近20部，主要有：《德国商法》（1993年）、《反倾销法研究》（1995年）、《法理学》（1995年）、《中国经济法》（1995年）、《关贸总协定国际规则与适用惯例》（1994年）、《公司法论》（上卷）（1997年）、《商法》（全国高等学校法学专业核心课程教材，2000年）、《商法论》（2003年）、《德国商法：传统框架与新规则》（2003年）、《商事判例解读》（2004年）、《商法教学案例》（2004年）等。

1993年至2001年任南京大学法学院院长、中德经济法研究所中方所长，兼任首届国家教委法律教育委员会委员、第八届中华全国青联委员，1998年受聘担任联合国计划署越南项目评审专家。1995年当选首届中国十大杰出青年法学家。

王建文，29岁，先后就读于西北政法学院经济法系、南京大学法学院。从事商法、公司法研究。现为南京工业大学法律系教师。主要学术成果：《商法论》（合著，2003年）、《经济法通论》（参编）（2003年），在《南京大学法律评论》等刊物发表学术论文14篇。

图书在版编目（CIP）数据

商法的价值、源流及本体/范健，王建文著.
北京：中国人民大学出版社，2004
（21世纪法学研究生参考书系列）
“十五”国家重点图书出版规划

ISBN 7-300-05101-4/D·981

Ⅰ.商…
Ⅱ.①范…②王…
Ⅲ.商法-研究-研究生-教学参考资料
Ⅳ.D913.990.4

中国版本图书馆CIP数据核字（2004）第009031号

“十五”国家重点图书出版规划
21世纪法学研究生参考书系列
商法的价值、源流及本体
范 健 王建文 著

出版发行 中国人民大学出版社
社 址 北京中关村大街31号 邮政编码 100080
电 话 010－62511242（总编室） 010－62511239（出版部）
010－62515351（邮购部） 010－62514148（门市部）
网 址 http://www.crup.com.cn
http://www.ttrnet.com（人大教研网）
经 销 新华书店
印 刷 北京雅艺彩印有限公司
开 本 1000×1400毫米 1/32 版 次 2004年3月第1版
印 张 9.875 插页4 印 次 2004年3月第1次印刷
字 数 325 000 定 价 29.00元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

前言

中国社会主义市场经济体制建设的逐步完善，促进了商事立法的进步。与之相适应，商法研究也日益繁荣起来。尤其20世纪90年代中期以后，我国涌现出一批商法研究学者及研究成果，使商法可谓成为“一时之显学”。然而，透过商法研究的绚丽外表，我们不难发现我国商法研究实际上还处于非常“稚嫩”的状态，并不具有一个成熟学科所应拥有的足以折服探询者的“令人心仪”的魅力。虽然在课程设置上，商法取得了与民法相并列的地位，但是在学科上商法仍然不得不作为民法的附庸而以民商法的名义存在。多数商法研究者也只热衷于“作为民事特别法”的商事部门法的研究，并无意探求商法作为一个法律部门所必须面对的基础理论。与其说这些商法学者及商法研究者，倒不如说是民商法研究者，毕竟他们仅仅以传统民法的视角来研究商法具体问题，或者只是不带任何理论指导倾向地研究技术操作层面上的具体商法问题。因此，从这个意义上说，商法的独立性实际上是被多数人否定或忽视的。这固然令人遗憾，不过，商法魅力的缺失并非因为商法本身缺乏内涵，而是蕴涵于商法中的丰富内涵远未被人们发现与挖掘。

就我国的法制建设而言，随着大量单行商事法规的相继颁行，如何对这些商事法规加以有效整合，使之形成一个逻辑严密的有机体系，并在法律规范与法律适用两个层面上均能和谐运行，这不仅属于重大的理论问题，而且还应成为重大的立法中不容回避的实践问题。尽管我国多数学者主张应采行民商合一的立法模式，并且正在制定之中的民法典草案也正是以此为指导而创制；但是，民法学界同时又不能不承认，所谓民商合一实际上并不能将所有商法规范囊括于民法典之中，在民法典的各个学者建议稿及已经提交全国人大常委会讨论的草案中，也确实只是

将一些商行为规范规定于民法典中而已。应当说，民法典之所以未将商法规范囊括于中，非不愿也，是不能也。这样看来，不管民法典最终何时颁行，关于商法基本制度与体系的研究，都不应当终止。尤其是在民法典的创制过程之中，加强商法的体系性研究将对完善民法体系产生重要影响。这就要求我国商法研究者在继续加强商法具体问题研究的前提下，努力深化对商法基础理论问题的研究，使我国商事立法朝着适应于现代市场经济建设的方向迈进！

作为商法研究者，基于这种历史使命性的认识，我们在从事了多年商法研究或者说经过多年的商法基本问题的思索之后，对商法基础理论问题产生了非常浓厚的研究兴趣。然而，随着时代发展而屡经变迁的商法制度与理论体系，在人类早已进入现代社会后的今天，实际上并未真正实现现代化，存在着太多的远未被梳理清晰而又往往被人们忽视的基础的而又是根本性的重大问题。因此，仅以我们的绵薄之力势难从根本上解决这些可谓纷繁复杂的理论问题。从这个意义上讲，本书实际上只是一部关于商法基础理论的初探性的著作，并不足以将其作为一部成熟的学术成果展现于学界。不过，鉴于我国商法研究的极端薄弱性，若等到观点成熟之后方予发表，恐怕更不利于我国商法研究与商事立法的现代化的推进；并且一个学科的成熟必然需要学界各种观点的反复争鸣，而这种意义上成熟的学说或许非仅仅因为几个人甚至几代人的个人努力就能实现的，因此我们且将一些关于商法基础理论的研究成果以本书的方式披露于学界，以期能够引起更多更深的研究。

范 健

2003年12月于南京

目　录

导论：当代商法学研究的热点问题 / 1
一、商法学科的建立及其价值 / 1
二、商法的起源和历史发展 / 3
三、商法法系 / 5
四、商法独立性之争论 / 7
五、商法调整对象之变迁 / 9
六、商法基本原则之变迁 / 10
七、商法渊源、体系之变迁 / 12
八、商法立法模式之变迁 / 12

上篇　商法价值论

第一章　商法基础理论研究解析：动因与价值 / 17
一、商法与商法基础理论研究现状 / 17
二、商法基础理论研究的动因 / 20
三、商法基础理论研究的理论价值 / 24

第二章　商法的独立性：源于法律体系之内在逻辑 / 30
一、德国商法的独立性考察 / 31
二、法国商法独立性考察 / 37
三、其他国家或地区商法独立性的简单考察 / 40
四、商法独立性的一般认识 / 46
五、商法与相关法律部门之间的关系 / 57

第三章 中国商法的时代价值 / 74
一、中国商法产生的背景与立法状况 / 74
二、中国商法与中国经济体制改革 / 77
三、中国商法与中国政治体制改革 / 80
四、中国商法与当代中国思想观念变革 / 82

中篇 商法源流论

第四章 商法探源 / 87
一、古代商法的源流考察 / 87
二、中世纪商法的发展演变 / 91
三、近代商法体系的形成 / 97

第五章 20世纪世界商法之进展 / 102
一、商法的独立性 / 103
二、商法调整的对象——从商人到企业的转变 / 107
三、商法原则之调整 / 109
四、商法渊源及体系之扩大 / 112
五、商法的国际化倾向 / 114
六、小结 / 116

第六章 当代主要商法体系 / 117
一、大陆商法 / 117
二、英美商法 / 122
三、社会主义商法 / 127
四、小结 / 130

第七章 德国商法与德国商法典 / 132
一、德国商法的概念：适用于商人的特别私法 / 132
二、德国商法调整的对象：商人及其行为 / 136
三、商法、《商法典》、商法的相邻法规 / 139
四、德国民商分立立法例的形成 / 142

五、德国商法立法体例 / 144
六、从商人法到企业私法 / 147
七、中国商法的历史与现状——作为借鉴德国商法的背景 / 152
八、以德国商法为代表的大陆法国家商法对中国商法的历史影响及其在当代的局限性 / 154
九、小结 / 156

下篇 商法本体论

第八章 商法的语源及含义 / 159
一、“商”的语义考 / 159
二、商法相关概念辨析 / 163
三、商法概念界定 / 166
四、商法的特征 / 173

第九章 商主体 / 182
一、引言 / 182
二、商主体的独立性 / 184
三、商主体内涵界定 / 196
四、商主体外延考察——代结束语 / 209

第十章 商事人格权 / 212
一、引言：问题的提出 / 212
二、商事人格权界说 / 215
三、具体商事人格权述评 / 220
四、商事人格权法律属性与制度价值 / 232
五、小结 / 237

第十一章 商行为 / 239
一、引言：问题的提出 / 239
二、商行为的法律界定 / 242

三、商行为的立法模式考察 / 249
四、未尽的结语：我国商行为的立法模式构建思路 / 259

第十二章 商事裁判的示范法效力 / 260
一、问题的提出 / 260
二、大陆法系国家商事裁判的法律效力考察 / 262
三、商事裁判法律效力之中国法律环境 / 266

第十三章 商法的立法模式 / 272
一、商法立法模式的研究基点 / 272
二、商法立法模式的观点评述 / 274
三、中国商法立法模式的理论构建 / 286

结语：中国商法十年之反思 / 293
一、十年成就：一个时代的立法结晶 / 293
二、十年成就留下新困惑：中国商法任重道远 / 295

主要参考文献 / 299

后 记 / 306

导论：当代商法学研究的热点问题

一、商法学科的建立及其价值

商法作为一门独立的法学学科，目前已经成为一个不争的事实。无论大陆法还是英美法，无论奉行民商合一还是奉行民商分立，无论是否编纂有商法典，当代世界发达国家，绝大多数都将商法视为一个独立的法律部门，都设有商法学这一独立的法学学科。由于特殊的历史原因，过去多年，商法在我国始终未能获得其应有的地位。近几年来这种状况大有改善。现在，无论主张民商合一还是主张民商分立，无论对中国是否有必要制定商法典或商法通则这类的法律持何种态度，法学家们在商法学科独立性这一点上已经趋于认同，绝大多数学者肯定商法是一门与民法、经济法并列的法学学科，它具有自己的研究范围，可以构建自己的学科体系。一批以商法命名的著作和教科书相继出版，商法学已经成为大学法律院系学生的必修课程。

中国商法学的产生和发展是中国商事立法完善的必然结果。在非市场经济时期，国家的立法重心在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的手段，这一时期，商法的不发达也就在情理之中。1993年之前，我国除颁布了《海商法》以外，其他商事立法几乎空白。1993年以来，全国人大常委会陆续制定了《公司法》、《票据法》、《合伙企业法》、《保险法》、《商业银行法》、《证券法》、《信托法》、《个人独资企业法》、《会计法》，与此同时，破产法、合作企业法等其他一系列重要的

商事法律法规也在抓紧制定之中。商事立法的高度发展，已经远远突破了传统经济法和民法的法律体系的范围，它向法学理论研究和法学教学提出了新课题，这就是在传统的民法和经济法之外，客观上已经存在一个新的法律部门。商法已经作为一个独立的法律部门而建立起来了，与此同时，以这一法律部门为研究对象的商法学的产生则同样是一种客观的必然。

但是，如何建立商法部门，这是实践向理论提出的课题，是商事立法和司法实践向商法学理论提出的理论创新和发展的要求，它同时直接维系着商法学本身的建立和发展。从各国法律发展的历史和我国近年来立法、司法实践的经验教训中可以看到，商法学的重大理论问题不解决，中国商事立法和司法的健康发展是难以想像的。中国商法部门的诞生为商法学研究留下了广阔的理论空间：商法部门建立的内在逻辑是什么；各商事法律部门之间是否存在着可以被人们认识的、对商法部门的建立或商法典的制定具有重要意义的、共同的规律性的东西；商法是否存在着不同于民法和经济法的内在本质特征；商事部门法是否可以寻求到共同的基点和轴线而走向法典化；现代民法典是否可以完全包容商事规则；中国是否有必要和可能制定商法典；商法典编纂的难点在哪里。与上述商法部门建立的重大理论问题相关的还有一系列商法学的基本问题，如商法调整的对象、现代商人概念的最新发展、商行为的概念及其在商事立法中的意义、商法的特殊性、商法的原则、商法的体系、商事法律部门与商法典、商法与民法的区别、商法与经济法的区别、商法的本土化与国际化、商事立法的国际化趋向等等。这些问题在各国商事立法中和商法学理论研究中都是颇为复杂的问题。纵观西方国家，尤其从大陆法系国家私法发展的历史可以看到，商法起源于商事交易习惯和惯例，不像民法那样起源于罗马法，它是一门实践性法学，从一开始就没有完整的理论，许多国家是先有商事习惯后有商事法律，再有商法理论。商法理论在一定程度上仅仅在于解释法律，而不在于指导、甚至创造立法。与民法相比，商法理论滞后于商事立法，从一开始就是普遍存在的问题。一百多年来，许多国家的商法学家们多年来曾作出了巨大努力，力求解决这些问题，但结果并非都十分满意。也正是由于理论体系建立方面的原因，世界各国商法体系的建立始终存在着巨大差异，法学家们对此所产生的争议也最大。从各国商法发展的经验中可以看到，商法理论的完善程度对于商法部门的建立，对于商法的发展起着十分重要的作用，商法理论研究的差异在一定程度上导致了商法发达程度的差

异。每一个国家的商法都是该国特定法律文化背景的产物，都是该国法的历史传统和他国法的经验相融合的结果。中国商法的建立，不是外国商法的简单继承和借鉴，它首先是中国现实社会关系发展的必然产物，其次才是他国经验教训借鉴的结果。尤其是，历史发展到今天，商事法律关系已超出传统的范畴，由此，中国商法已不可能是传统商法的简单继承。它必然是在传统基础之上的创新和提高、是一种新的创造，是中国现实法律关系、法律理论和法律经验的产物。它需要借助于商法理论的指导。从这个意义上说，重大的商法理论问题不解决，商法学就不能真正独立起来；这些重大理论问题如果不能得到很好解决，中国商法学就不可能健康地发展起来，甚至会走入误区或歧途。由此，商法学的研究工作任重而道远。

二、商法的起源和历史发展

法律作为制度文化的一个重要组成部分，不仅仅反映了一个社会政治、经济以及社会发展的状况，同时更对一个社会的发展起着不可忽视的作用。从这个意义上说，法的历史又是一面镜子，它可以从一个角度折射出历史发展的轨迹，可以从国家、社会发展的历史长河中窥见到法制状态乃至某一法律部门的发达程度，对社会发展进程的积极或消极的影响。着眼于这一视角，对商法发展史的研究可以留给我们更多的思考。

一般认为，现代商法的直接历史渊源可以追溯到中世纪，而它的间接历史渊源可追溯到古希腊、罗马时代。但是，由于罗马法仍然具有古代法诸法合一的基本特征，还未形成独立调整商人或商行为这些特定对象的完整规范体系，因而，严格来说，当时还没有商法。

从中世纪到近代初期，是严格意义上的现代商法的起源时期。在该时期，伴随着商业文明的复兴与进展，一个以自由、公平、权利为核心和本质，以商人和商行为为特定对象的新部门法逐渐从传统民法中分离出来，并从观念到制度构造日趋完善。就法律渊源而言，近代商法的最早起源是城市法，商人同业行会的章程、条例，商事和海事法院的判决，地区和跨地区的习惯法，以及国王、领主乃至教会颁布的单行法规，而非传统理论所界定的海商法和商业习惯。

从 19 世纪初到第一次世界大战，是现代商法体系的建立和完成时

期。这一时期，经过资本主义工业文明滚滚洪流的洗礼和以欧陆为本源八面辐射的规模庞大的商法编纂运动的历史沉淀，世界商法已基本完成了分流与整合的历程，形成法国商法、德国商法、英美商法三大法系鼎足而立的局面。

20世纪的世界商法是传统商法的进化，是传统商法在现代社会时空背景下的继承和发展。但是，与传统商法相比较，无论在商法的观念、原则、体系，还是商法自身的多元化和社会功能等方面，它都发生了很大的变异，形成了既渊源于传统商法、扎根于传统商法，又不同于传统商法的独特格局。这一格局的形成，是一个在民法和经济法的不断挑战中，在现代政治和经济思潮屡次冲击下，自身不断强化、更新、改造以及作出反应的过程，是商法进步的表现。

今天，商法并没有像有些学者所预言和描绘的那样正一步步地走向衰落。相反，它不仅在各国法律体系以及国际法律秩序中占有重要地位，而且也正随着时代的发展而不断地注入着新鲜的血液。只要一个社会还存在着商品经济，还需要借助市场手段刺激和稳定经济的发展，只要还需要以法律手段保护和调整市场活动参与主体的正当权利，商法就永远不会失去它的价值和意义。

西方社会现代文明的历史进程已经证明了商法的功绩及其价值。可以说，没有商法的繁荣，就没有现代商业社会的经济秩序，也就没有经济健康稳定的发展。自古以来，中国社会商品经济的不发达直接影响了商法的发展，但商法的不发达是否同样从观念到制度上严重妨碍了中国商品经济秩序的建立，严重制约了对商品交易行为的保护，这一问题值得研究。谈到商法的历史，人们自然地直接追溯到古希腊、罗马和西方中世纪的法律，不过，如果我们不是仅仅从现代商法的角度来理解商法，而是从广义上考察，即商法作为调整商品交易秩序的法律，我们又可以发现，无论在东方还是西方，只要有商品交易，就有调整商品交易的法律。从这一点上说，中国古代社会也有国家调整商事活动、管理商业的法律。但是，当我们比较东西方商法的历史轨迹时，我们又可以发现，东西方社会，在不同的历史时期对商法的态度是极不一样的，立法的重心存在着极大的差异。包括中国在内的古代东方社会，现代意义上的以商人和商行为为中心的商法是不发达的。商法不发达的直接结果是对商行为调整的无序性，对商事主体保护的软弱性，它反映了社会对商事经营活动，对一种以营利为目的的交易行为的根本态度，最终影响了经济交易活动的自由度和活力。由此，从历史的考察不难得出结论：东

方社会的封闭、保守，商业的不发达，进而导致了经济的不发达、科学的不发达，与在立法重心上力主以法律抑制商业的发展有很大的关系，与商人这一特殊经济主体正当的权利得不到应有的法律保护有直接或间接的联系；西方社会现代商业的繁荣，乃至于整个经济和科学的发达则在很大程度上仰赖于法律对商人以及商行为强有力的保护，仰赖于商法的发达。作为社会经济活动的重要组成部分的商事活动，是以国家干预为中心，还是以商事交易主体的权利保护为中心，这既是立法的起点，也是立法的目标所在，也许这就是我们在研究商法历史中所要作出的首要思考。

三、商法法系

商法是与各个国家自己的法律文化传统、政治经济结构密切相关的法律部门，世界上并不存在一个统一的商法模式。但从立法体制和立法原则考察，现代世界商法可分为三大法系，即法国商法法系、德国商法法系和英美商法法系。

法国商法法系以法国商法为核心，以行为主义即客观主义原则为其重要特征和商事立法基础。依此原则，只要行为人的活动属于商行为，那么他就是商人，其活动适用商法。

德国商法法系以德国商法为核心，以属人主义即主观主义原则为重要特征和立法基础。依此原则，商人是商法的中心，同一行为，商人为之，适用商法；非商人为之，适用民法或其他法律。

上述两大法系又合称为大陆商法。大陆商法的法律渊源主要是商法典及其附属法规。商事单行法规、商事习惯法、商事判例法和商事习惯，尤以商法典和商事成文法规为其主要法律渊源。不过，在实际生活中，上述几种法律渊源所产生的法律效力和生效方式存在很大差异。

英美商法是现代商法中与大陆商法相对应的以英美国家商法为代表的另一商法法系。其主要特点是，在法律渊源上，商事习惯法、判例法与商事成文法同时并存。商事判例法在英美商法体系中居于至高无上的地位。尽管英美法系国家已经编纂了大量的商事法典、法规，但这种制定法的规范化和体系化与大陆法国家法规汇编和法典编纂相比较，其意义和法律效力不可相提并论。它没有涉及编纂法典所应涉及的全部内

容，仅仅归纳了现代判例法中的部分规则，其目的在于使法官执行判例法时更为简便，使法官能从相互冲突的判例中更迅速地找到正确的法律原则。因此，其制定法始终是来源于判例法、又服务于判例法的第二位的法律渊源。

除上述三大商法法系，过去，相当多的学者承认还存在一个独立于三大商法法系之外的社会主义商法法系，它是以社会主义国家的商业法为基础建立起来的与西方国家商法有较大差异的商法体系。随着传统社会主义国家计划经济体制的瓦解，传统的商业法已经不再发生效力，在计划经济向市场经济的转轨时期，具有自己独特风格的商法部门还没有能完全建立起来。它们在实现转轨的过程中能否创建有自己特色的商法法系，这是很值得我们关注的课题。

从法律制度的角度研究不同商法法系的特点、立法技术、规范内容、体系构建等等固然有意义，但是，探讨蕴藏在这些具体制度表象之后的商法法系赖以形成和存在的规律性的东西，对于目前中国商法的构建更具有现实意义。从法理学和法哲学的角度去思考，我们都认同法律是现实社会关系的写照，是历史的和现实的需求的产物这样一种观点。由此我们不难理解，为什么在相同的经济体制甚至政治体制之下，却形成了不同的法律传统，形成了不同的法系。从这一点上说，当代主要商法法系首先是不同国家法律传统、法律经验、法律理论，以及现实法律需求的产物。德国商法法系的理论在世界传播最广，法国商法法系的形式更为许多国家所接受，而美国商法法系又被公认为 20 世纪世界范围内最成功的立法之一。但是，20 世纪以来，每一个国家的商法都在不断地改进和完善，彼此之间都在不断地取长补短。国际间的商事立法更是吸取了不同法系的经验和长处，从未完全以某一个国家的商法为范本。至此，难免使人想起黑格尔名言之哲理：存在的就是合理的。从这一思路出发，我们在研究现代主要商法法系的时候，应该更多地考虑这样一些问题：每一个商法体系对其所适用的国家是可行的，但它本身绝不是完美无缺的；每一个国家的商法都是这个国家特定文化背景的产物，不可能完全适用于另一个国家。由此，中国商法部门的建立应该走一条什么样的路，这只能是中国人自己的事，中国商法可以借鉴他国的经验教训，但不可能照搬其他国家；同样，他国商事立法的成功经验不一定必然适用于中国，他国立法的不成功、缺陷或失败同样不能表明中国在此方面就不可能成功。关键在于中国能否通过对世界商法体系的借鉴，创造出适合于本国国情的商法体系和商法制度。

四、商法独立性之争论

在一个国家的法律体系中，如何确立商法的地位，如何把握商法与民法、商法与经济之间的关系，是上个世纪以来商法理论中最为重要和基础的问题之一，这一问题集中表明了商法的价值，决定着商法的前途和命运。

在上世纪上半叶，确切地说，在第二次世界大战结束前，商法的独立性问题主要表现在商法与民法的关系上。商法从民法中分划出来，构成一个独立而完整的体系，成为法学的一个部门，这是19世纪法学发展的一大成就，是人们对经济活动，尤其对经营活动之规律、特点在理性的基础上有了更为深刻认识的结果，是法律技术和立法完善的标志。尽管在上世纪上半叶，少数国家一反19世纪已成定局的法律部门划分方法，实行民商合一，将商法并入民法之中，一时间在法学界引起了商法的独立性危机。但透过民商合一的迷雾，我们可以发现，首先，竭力推行民商合一的国家，或者是地域小、人口少、经济关系并不十分复杂、法律体系比较单一的国家，如瑞士、荷兰、丹麦、挪威、瑞典等；或者是资本主义经济关系处于不发达状态，资本主义的市场经济矛盾表现得很不充分的国家，如二三十年代的中国以及已实行社会主义计划经济的苏联。其次，即使在奉行民商合一的国家中，民法与商法也仅仅是一种形式上的合一，即将商法典的内容附加到民法典之中。这种简单的合并，在立法技术和法律适用上衍生了许多问题。它不但未能解决实体商法的独立性，反而给民法本身的协调增添了许多难度。再次，民商合一仅仅消除了形式意义上的商法典，在法律理论和法律体系上，它并不能消除商法作为一个独立的法律部门的存在，未能否定商法在理论上的整体性，从而在一定程度上导致了商法理论与商事立法的冲突与矛盾。因此，无论实行民商分立，还是民商合一，商法都是一个实体的法律部门，它与民法在基本原则、调整对象和方法、社会功用及价值等方面都存在不可替代的巨大差异。但是，承认商法的独立性，并非否定其与民法的共性，即民法是私法的普通法，而商法始终是其特别法，二者之间存在着一种无法割裂的私法结构上的关联。

到了上世纪下半叶，困扰商法独立发展的重要难题是商法与经济法之间的关系。第二次世界大战结束后，整个社会思潮发生了极大变化，人们的政治观念、法律观念以及生活哲学都受到新思潮的洗礼。哲学家认为，极端的个人主义和自由主义是导致社会危机和战争灾难的重要根源；经济学家则指出，推行自由放任的经济政策，过于笃信市场调节的力量，是造成两极分化、加剧社会矛盾的重要原因，并竭力推崇国家应对经济生活予以适当干预的开明政策；法学家们则确信，法的价值已不在于抽象的个人自由与权利观念，而在于社会整体的效益和整体利益。在上述新思潮的冲击下，以保护个人经济活动的绝对自由与权利为准则，以营利目的为基本精神的传统商法，又一次面临着挑战。有人开始怀疑商法的实际社会意义和价值，极力宣扬商法在新时期经济活动中的局限性和弱点，提出要用一种新的法律部门，即用经济法来取代商法。这种观点带有很大的迷惑性，尤其对中国法学界的影响十分深远。

实际上第二次世界大战之后力主推行经济法的学者们的基本思想，只是希望在整个国家经济运行中，加强公法的调节手段，以抑制私法领域中个人经济自由权利无限膨胀所衍生的弊端。其主张的关键在于合理界定私权与公权的运作边界，并非取消作为私权的经济自由权所赖以存在的商品经济基础。苏联等社会主义国家的前车之鉴已经表明，没有经济上的自由，就不可能形成刺激经济不断增长的市场，进而也就不能实现现代社会所普遍推崇的自由和民主。如果社会在经济政策上不能彻底消除市场，不能完全推行计划经济，那么，商法作为商品经济秩序的基础，就不会失去其应有的地位，就不可能为其他法律所取代。因此，用经济法来取代商法，不仅不现实，而且为市场经济社会的基本制度所不能接受。在社会主义市场经济体制之建立方兴未艾的中国，我们也应遵循这样一种思维路径来检讨和重构商法与经济法的关系。

商法与经济法之争反映了一个国家制度抉择的价值基点，即法律应以保护经济主体的平等、自由为第一前提，还是应以国家对经济的控制为首要任务，即社会整体利益的实现，是应建立在市场经济秩序之上，还是应建立在计划经济基础之上。直言之，在以市场经济体制为基础的社会，商法独立存在的价值是无法抑制和克服的。

中国商法的独立性，从表面看来已经是一个不争的事实，但是，如何划定商法的范围，寻找到商法独立的内在基础，使商法从形式到内容都真正独立起来，这方面还有许多开拓性的工作等待着去做。

这包括两个层次的工作，一个是商法部门和商法学的建立，另一个则是中国商法典或商法通则的制定。商法部门的建立重点在于构建商法体系，形成对商事法律、法规界定的共识。商法学的建立重点在于构建商法的理论体系，寻求商法理论的逻辑起点、不同商法法律法规的内在联系，为中国商法部门的建立提供理论基础，为中国是否有必要制定商法典和如何制定商法典提供理论指导。伴随着商法部门的建立和商法理论的不断完善，中国必然要完成商法汇编及商法典或商法通则编纂工作，只有完成了这些工作，中国的商法才可以说已经独立。

五、商法调整对象之变迁

传统商法，无论奉行主观主义还是客观主义原则，商人始终是商行为的主体，是商法调整对象的核心。商法在一定意义上也被人们视为商人法。这是传统商法的致命弱点，也是传统商法在历史上屡被攻击为“特权法”、“保守法”的因缘所在。传统商法以商人为主体所导致的理论缺陷主要表现在两方面：其一，传统的商人是一个由自然人所派生出来的法律人格，它在表现形式、权利属性等方面含有许多自然人的特征，而现代的经营主体，如公司、企业、联合企业等等，已不完全是单个的个体，更是一种组织形式或机构体系，这样便形成了现实生活中的经济主体与法律上的商人人格之间的差异和矛盾。其二，传统的商人作为经济活动中的权利所有人，在财产关系上是雇员的对立物。而现代商事经营主体有相当一部分已经是众多社会成员的集合体，尤其是企业的股份化，在很大程度上已消除了传统商法中商人与雇员之间的对立。因此，现代社会经济活动的主体已不再是传统观念上的商人，而是具有一定经济规模和组织形式的企业。企业才是现代商法中的核心主体和调整对象。由此，商法的主要任务应是调整各类企业在一定社会中的特定的经营活动。忽视这一客观经济环境的变迁，依然固守传统的商法调整对象理论，就不能保障商法理论对经济现实给予足够的关怀，更不能自觉地促进商法理论的现代化。商法调整对象是传统商法理论和商法典制定中的难点和争议焦点之一。德国商法法系以商人为调整对象，法国商法法系以商行为为调整对象，英美商法法系虽然在理论上着意廓清商法调整对象问题，但立法和司法的重点则侧重于以商行为为对象。谁是商

人，谁的行为属于商行为，进而谁的行为可以适用商法典？在这一问题上表现出来的一个极为有趣的现象是，无论在德国、法国，还是在美国，从商法典制定、颁布之初起，学者们就开始对立法展开批判，而且这种批判的呼声愈益高涨。它一次又一次地推动了商法，尤其大陆法系国家商法的不断修订，今天我们所看到的日本商法典的兼收并蓄、美国统一商法典的独特格局、德国商法典对商人制度的重大修订，从某种意义上说都是法学家们所不懈坚持的这种深刻批判的结果。对商法调整对象的不同认识可以直接影响到一个国家、一个地区接受他国商法的价值取向。一些国家之所以以德国商法为模式，另一些国家之所以以法国商法为范例，还有一些国家之所以要寻求，并且实际寻求了第三条路，一定程度上与对商法调整对象的认识差异有关。20世纪以来，一些国家，包括解放前的中华民国立法，之所以采取民商合一，这与在商法调整对象认识上的局限性乃至形成偏见不无关系。中国的商法能否从民法中独立出来，中国未来制定的民法典是否有能力包容全部商事规范，现代商事主体、商事行为的范畴已经远远突破了传统商法的范围，如何面对这些现实而重新理解民法和商法以及经济法等不同法律部门的调整对象，这些都是商法调整对象研究的另一价值所在。

商法调整对象从商人行为向企业行为的转变，这是世界商法发展的共同趋势。这对中国商法的建立将会产生重大影响。它首先留给我们的思考是，如何培养我们的新商人理念，如何从商法的角度构建中国的企业主体体系，如何使以企业为调整对象的商法从传统的企业法的樊篱中解脱出来。

六、商法基本原则之变迁

商法的基本原则是商法区别于其他法律部门的重要依据，也是商法进步性的重要标尺。在传统商法中，“私法自治原则”和“营利原则”最具典型意义，但这两大原则在传统商法走向现代化的过程中已经或者正在发生重大的变革。

“私法自治原则”在传统商法中集中表现为以个性解放和政治自由为基础的“私人地位优先”的信条。但第二次世界大战以来，伴随着社会政治、经济的变革，这一信条已受到强烈的冲击。人们不再盲目信奉

个人在法律上的无限或绝对自由的权利，而更加珍视社会整体的利益或价值。因为，现实证明，商事经营中绝对的平权理论只是虚构的假说，经济利益上的强者在契约自由的幌子下，迫使弱者作出自己承担不公正法律义务的承诺的现象屡见不鲜。由此，从社会整体利益出发，用社会公正观修改形式上的保护个人绝对权利之公正观，已使现代商法逐渐演绎为一种特别私法，即掺和了许多公法性条款和内容的法律，一种以私法为中心，公法和私法兼容的法律部门。

与“私法自治原则”之变迁相适应，传统商法所推崇的“营利至上”的精神也在悄悄地发生着改变。随着资本主义经济组织形式的高度发达，尤其当企业以股份公司形式渗透到所有产业部门，成为国有财产的管理者时，企业已不再是纯粹为其所有者追求个人利益的手段，它已在某种意义上从个体中独立出来，有了与所有者不完全密切相关的独立存在的价值。企业的身份、地位已发生革命性转变而具有公共组织的色彩，它在一个国家的政治、经济和社会稳定方面发挥着比以往任何时候都重大的作用。正基于此，企业不仅要对其成员、从业人员、产品的消费者负责，还必须对全社会承担责任，有时甚至要为社会而牺牲自己。“营利”已不再是商法所保护的商事经营活动的最高目标，法律必须尽最大可能去阻止那些不公正或对他人及社会产生消极影响的营利行为。

商法的原则较多地反映了商法的精神，它是调整商事关系必须遵循的普遍行为准则，是编纂商事法规和制定商法典的根本出发点和理论依据。近年来国内不少学者充分注意到了商法原则对商法理论、商事立法、商事司法的重要意义，就商法的原则提出了不少有开拓性意义的观点，如严、活结合原则，简易、迅速原则，安全交易原则，公平交易原则，有限责任原则，适任原则等等。但是，商法作为民法的特别法，哪些原则属于民法的普遍原则，哪些原则属于商法的特别原则；哪些原则属于商法的根本原则，哪些原则属于商法的一般原则；哪些原则属于商法的总原则，哪些原则属于商事部门法或商事法规的具体原则，这些是商法原则中需要深入研究的理论问题。西方国家的商法理论没有能很好解决这些问题，进而影响了商法典的制定在体系上和规范上的严密性，商法典不断遭到批判的原因之一就在于此。中国商法在起步阶段，充分注意商法原则的研究，这对于商法的健康发展无疑是很有现实意义的。

七、商法渊源、体系之变迁

在传统商法中，商法的渊源主要为商事制定法、商事判例法、商事习惯法和商法学说。当时，由于商事规模的局限，通过个人意思自治所产生的约定，虽然能够受到法律的绝对保护，但这种约定形式还处于简单状态，尚未达到高度严谨、完整和规范化阶段。尤其是未能被人们视为与法律规范具有同等效力的法律渊源，没有形成完整形态的商事自治法。20世纪以来，随着社会经济的进步和经济规模的扩张，尤其伴随着社会经济形态和结构的完善、经济组织内部制度的日益健全，以及经济组织对外交易手段的发达和多样化，商事自治法已发展成为商法的一个重要法律渊源。

传统商法在体系上主要包括商身份法和商行为法两大内容。20世纪下半叶，现代商法在体系上已打破了这一两分法格局，形成了商事身份法、商事组织法、商事管理法、商事行为法、商事秩序法同时并存的全新的商法体系。与此相适应，不同国家商法本身的结构，尤其是商法典的结构、商法中各具体的部门法或特别法的形式等等，也呈现出多样化倾向。上述变化的趋势，对于处在21世纪之初，正竭力权衡商事立法模式走向的中国，无疑具有一定的借鉴意义。

八、商法立法模式之变迁

从中世纪商法形成之时起，商法因其特殊的主体制度与行为制度得以在传统民法之外获得独立存在的生存空间。进入近代社会，在民商分立的立法指导思想之下，继法国开启民商分立的立法先河之后，大陆法系各国纷纷采行民商分立的立法模式。然而，这一立法模式确实是在当时特定的历史背景之下形成的，并不具有绝对性和惟一性；因而，尚有许多国家采行或转而采行民商合一的立法模式。不过，不管是私法立法上的一元主义还是二元主义，均存在理论体系上的局限性，并不足以成为一国民商法立法模式的选择依据。就当今世界而言，商法的独立性或

相对的独立性早已得到了公认。与之相适应，商法的立法模式也超越于传统民商分立与民商合一，而呈现出颇为特殊的立法形态。这种局面的形成，并不取决于某些立法者或法学家的个人意愿，而是深深地根基于商法这一全面调整市场交易关系的庞大法律体系的特殊性。

上　篇

商法价值论

21世纪法学研究生参考书系列

▶ 第一章　商法基础理论研究解析：动因与价值

▶ 第二章　商法的独立性：源于法律体系之内在逻辑

▶ 第三章　中国商法的时代价值

第一章

商法基础理论研究解析：动因与价值

一、商法与商法基础理论研究现状

尽管古代中国并无严格意义上的商法，但早在清末变律全面引进西方法律之时，商法就作为一个独立的法律部门被引进到中国，并制定出未及实施的《大清商律草案》。然而，由于在上个世纪 20 年代关于民商法立法模式的民商合一与民商分立的论争中，立法者最终采纳了民商合一的主张，放弃了原本长期采行的在民法之外单独制定商法的立法模式，使得形式意义上的商法不复存在于中国。尤其是在新中国成立之后，受苏联法的观念与立法模式的影响，商法更是被作为一种资本主义的法律制度受到排斥，不仅无意于制定商法，而且在学术研究上也将商法纳入到资本主义法律制度与法律文化之中。因此，在长达半个多世纪的时间里，在西方尤其是大陆法系国家具有重要影响的商法，在中国却鲜有人问津，在一般民众中更是极少有人知晓商法为何物。80 年代中期，经济法学界有人提出“要制定我国的商法”[①]，并于 1984 年拿出了“中华人民共和国商业法草案”征求意见稿，但由于当时的经济体制背景，商事理论与立法都无进展。随着改革开放的深入，商品经济与市场经济的理念逐渐成为主流意识。1993 年 11 月，在党的十四届三中全

① 雷兴虎：《商法学教程》，1 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

会上通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》中即明确指出，要加快经济立法，进一步完善民商法。以此为指导，立法机关在此后短短的几年中，颁布了一系列的商事单行法，使商事法律体系得以建立起来。由此，商法已经成为一个广为人知，并为立法、司法以及法学界普遍接受的概念。1999年6月30日，深圳市通过的《深圳经济特区商事条例》，可视为我国形式意义上商事立法的有益探索。① 从1999年开始，根据教育部的要求，商法作为高等学校法学专业14门核心课程之一，成为法学专业学生的必修课，则体现了我国教育主管部门与理论界对商法的共同关注。1999年12月15日国家工商行政管理总局还在北京召开了一次讨论我国商事登记法的论证会，在2000年5月9日拿出"商事登记条例"（第三稿）草案后，又在较大范围内组织了论证。在该草案中，消除了过去企业法人登记管理条例近代商法的倾向，注意体现了现代商法的要求。这说明我国有关部门在立法中已注意到遵循现代商法的一般要求。

然而，在中国，商法却一直处于颇为尴尬的地位。在改革开放未久的80年代，调整市场交易关系的商法被理所当然地置于几乎包含了所有民商事关系的经济法之中，从而也就无所谓商法的独立地位了。随着我国市场经济体制的逐步建立与完善，商法与经济法之间的关系已经较为明晰，除极个别学者还认为"公法化了的商法应当归入经济法"外②，商法独立于经济法基本上成为一种共识，已可谓无可争议了。但是，商法并未因此解决其归属认定问题。在经济法与民（商）法的论争中，"取得重大胜利"的民（商）法学界理所当然地将商法纳入了民（商）法之中。在其相互关系上，商法作为民法的特别法已经成为我国民法学界普遍的共识，以至于民法与商法被合称为"民商法"。在学科上，"民商法"也作为一个独立的学科招收硕士与博士研究生。应当说，这一结论本身并无问题，但如果细究商法之于民法的确切地位，则在为数众多的观点中，真正承认商法具有独立或相对独立地位的就极其寥寥了。

与处于持续繁荣状态的民法研究相比，商法研究可谓长期处于一派萧条的气象之中。如果将民法与商法分别作为整体意义上的民商法看

① 参见范健：《略论商法的时代价值》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》，2002（3）。

② 参见史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》，2001（4）。

待，面对庞大的民法研究队伍，商法研究者的数量之少可谓极其逊色。而这些有限的商法学者又绝大多数都是以诸如公司法、证券法、保险法等商事部门法为研究方向，能够真正以商法基础理论为研究对象的学者可以说是孤独而寂寞的，因为这是一个几乎无人问津而又极难驾驭的领域。

当然，如果单纯从商法研究的绝对数量来看，商法研究也可谓呈现出一片欣欣向荣之势。许多传统民法与经济法的研究者纷纷涉足商法研究甚至干脆转而专门研究商法，在中青年学者中，更是有越来越多的人表示出对商法研究的浓厚兴趣，并取得了日益显著的成绩。表现在学术刊物上，除了原有的各主要法学类期刊以及其他中文期刊继续加大对商法的关注外，还出现了具有广泛影响的诸如《商事法论集》、《商法研究》等专门研究商法的书刊。应当说，近年来关于商法具体问题的专题性研究确实取得了很大的进展；然而，相对而言，商法基础理论研究则明显不足，尽管也不乏力作，但在商法与民法的界分、商事立法与理论比较研究、切合实际的理论体系研究、商事立法的形式与结构等问题上，无论是广度还是深度均明显不足。中国加入 WTO 之后，为适应加快与加强配套法律体系建设的需要，我国民法典制定工作已经加快了步伐，同等重要甚至更加迫切而与此密切相关的商法基础理论体系的研究，就成为当前急务，理应引起立法与理论界更高程度的关注。

然而，就目前的实际情况而言，这似乎只能是商法研究者的一厢情愿。事实上，即便是商法研究者自身，也对商法基础理论缺乏起码的关注，或者说缺乏真正深入的关于商法理论体系的基础性学理研究。即使是在诸如《商事法论集》、《商法研究》等专门研究商法的书刊中，真正属于商法基础理论的内容在每一辑中仅仅占有相对较小的比例，绝大多数的篇幅都是关于公司法、证券法、票据法等问题的专题研究。由此可见，商法专业研究书刊主要关注的还是商事部门法相关问题的研究，而这些研究又同时是诸如《民商法论丛》、《经济法论丛》、《经济法研究》与《国际商法论丛》等专业研究书刊以及几乎所有的法学期刊共同关注的对象。因此，所谓商法研究的冷清与孤寂，严格来说只是对于商法基础理论研究而言，关于商事部门法中具体问题的研究，仍然与民法研究一样，可谓一派繁华景象。

如果说商法是市场交易之基本法，那么随着改革开放的进一步深入，市场经济体制的逐步完善，尤其是加入 WTO 后与国际接轨的加强以及我国政府主动或被动地规范市场法制环境的举措逐步到位，我们似

乎应该能够看到一个令人惊喜的商法大发展的局面。但是，令人遗憾的是，除了能够在公司法、证券法等商事部门法中看到这种影响外，商法基本制度仍然缺乏立法者与法学界足够的关怀，因而未能获得应有的发展。与此相反，民法方面，无论是立法者还是理论界，则都表现出了可谓与日俱增的热情，极大地推动了民法的发展。近年来，除了《合同法》、《婚姻法》相继得到全面修订外，物权法与民法典的立法也早已被列入立法计划，从而具备了较为成熟的理论准备。与此相适应，民法学也得到了极大的发展，各种专题研究的长篇论文与专著层出不穷，明显丰富了我国原本尚显得比较贫瘠的民法土壤。譬如，在物权法经过几年的准备已经形成了几个较为成熟的专家建议稿后，民法典也形成了好几个专家建议稿，并逐步形成了几个相互争鸣的流派。在 2002 年的岁末，在法律学人高度集中的北京，为使民法典的理论准备增加一些必要的交流，还特地组织了规模可谓庞大的民法典论坛。① 在国家立法机关与民法学界的共同推动下，全国人大常委会法制工作委员会更是在 2002 年 12 月 23 日就已经将长达 1209 条的《中华人民共和国民法（草案)》提交全国人大常委会审议，足见民法研究者效率之高。民法研究其势之盛，足以令商法研究者汗颜。

二、商法基础理论研究的动因

面对民法在立法与理论研究上所表现出的繁荣局面，毫无疑问，真正有志于中国商法建设的学者们再也不能满足于极为薄弱的商法基本制度研究的现状，而应当倾注更多的精力潜心研究商法基本制度与理论体系，从而最终推动具有时代特色的中国商法典或商法通则的立法。当然，或许这些无意于商法基础理论研究的商法学者也认为，所谓基础理论本就无所谓有无所谓无或者说可有可无，并且现有商法基础理论研究已经足够了。持此观点者实际上仍然是将商法视为学科上的法律部门，而未将其作为真正意义上的法律部门看待。事实上，即使否认商法的独立性，否认制定商法典或商法通则的必要性，要真正理清民法与商法之

① 2002 年 11 月 8 日、19 日在中国政法大学昌平新校礼堂内分别举行了第一场、第二场“中国民法典论坛”。

间的关系并据此架构我国民法典的体系，也必须加强对商法基础理论的研究，否则民法体系的建构又如何做到科学而令人信服？

客观地讲，我国关于商法基础理论的研究成果还极其有限，并且其深度明显不足。纯粹关于商法基础理论研究的论文，实在是屈指可数。这一切与民商法学专著和学术论文都呈爆发式增长的态势相比较，无疑是微不足道的。

更为不足的是，数量有限的商法基础理论研究与商法分论研究之间呈现出明显的“两张皮”现象，使得本应该相互印证的商法基础理论与分论相互脱节，甚至几乎互不相涉。由于我国制定商法典，又缺乏商法基础理论研究的理论积累，现有商法基础理论的论著基本上只是停留在对外国商法的比较与介绍上，而未能基于我国商事部门法规范抽象出具有一般性指导作用的商法总论。也就是说，作为商事部门法的一般法的商法总论，并不能对商事部门法中的具体制度提供解释，也不能做到对具体商事制度作出一般性与补充性的规定。这不仅是商法基础理论研究的悲哀，更是整个商法研究的悲哀。

在经济法兴起之初，经济法学者所热衷的是对经济法的调整对象、地位、基本原则等基础理论问题作纯理论研究，而未能顾及具体制度研究的支撑，以至于得出的“总论”对经济法的具体制度既缺少解释力，在学术论争中也缺少说服力。[①] 对此，一些经济法学者开出的“药方”是多研究些问题，少谈些“主义”[②]。可以说，现在的商法研究恰恰走着一条相反的道路，对商法具体制度表示出了充分的关注，但严重缺乏对商法总论的针对性研究。可以想像，如果我们不及时加强商法基础理论的研究，若干年后我们或许会不知商法为何物了。更为重要的是，在我们失去制定商法典时机的同时，也必将造成有限的商法研究资源的无谓浪费。果真如此必将造成我国法制现代化的一大缺憾。

但要真正构建商法基础理论体系，却实在是一项极其艰难的工作。与民法不同，大陆法系的商法明显缺乏民法典那样的深厚的理论积累与逻辑严谨的技术构造，没有一个可供借鉴的成功范本。尤其是作为商法调整对象的商事法律关系，从性质上而言乃属于市场交易关系，而大陆法系商法典大多制定于一百多年前，其间市场交易关系发生了巨大的变化，可以说市场交易的现实远非当时的立法者所能想像的。因此，按照

① 参见王全兴：《经济法基础理论专题研究》，10页，北京，中国检察出版社，2002。
② 管斌：《第八届全国经济法理论研讨会综述》，载《法商研究》，2001（2）。

当时原本不尽科学的商法典难以构造适应我国市场经济建设实践的商法典。这就必须加强商法基础理论的体系化研究，通过对商法特有的基本制度的深入挖掘，在对传统大陆法系商法典予以批判吸收的基础上，借鉴民法典基本理念与技术，以指导并服务于我国市场经济建设实践为目标，综合现行商事部门法中的共同性因素并予以抽象，从而最终构建具有时代特色与价值的我国商法典基本制度与体系。

毫无疑问，这是一项需要商法研究者共同努力才能完成的重任。并且，在"民商合一"的大旗之下，绝大多数的民商法学者实质上只是民法学者或者商事部门法的研究者，因此真正意义上的商法研究者颇为孤独。但是，当我们面对法学专业的本科生甚至硕士研究生与博士研究生直至毕业也大多说不清商法的内涵与外延，甚至绝大多数的商法教师也对商法缺乏明确认识的现实时，商法研究者又无疑应当背负起这无可推卸的历史使命。在国外，无论是民商分立国家，还是民商合一国家，商法理论研究与具有深厚历史底蕴的民法理论研究相比都显得非常稚嫩。不管传统商法体系的形成，是否真的如某些学者所言，既是历史的产物，也多少算得上是一个历史的误会；但是毋庸置疑的是传统商法、近代商法与现代商法之间，尽管存在着明显的历史延续性，其相互之间的巨大差异则是无可否认的，尤其是现代商法更是发生了实质性的变化。① 因而在民商分立国家，围绕商法的存废与完善问题展开了长期的争论。

撇开国外的商法不论，中国商法理论的单薄和脆弱也是人所共知的。商法一般原理与各具体法律部门之间的体系结构上的失衡显而易见，商法学虽然早已被确认为法学核心课程，在法学教育中得到了普遍推行，但是，缺少成形的、系统化的、富有理论和实际价值的商法总论无疑是商法教学中始终面临的尴尬局面。无论是商法教科书还是商法教师，在商法总论部分，除了对商法基本概念和特点的阐释以及对商法历史沿革及各国立法情况的介绍外，似乎再无可资讲授的内容。这一情形与商法作为一个独立的法律部门或者说商法学作为一门独立的学科的现实极不相称。虽然一些学者为创建商法的理论体系已经作了颇有成就的努力，某些观点也取得了学界的共识，但毫无疑问，迄今为止，中国的

① 对此，有学者指出："传统的商法仅满足于对调整商事组织和商事行为的成文法律规则的阐述；而现代商法的范围则包括对这些原则的实际运用，并把它们与经济和社会环境结合起来。"参见［英］施米托夫著，赵秀文选译：《国际贸易法文选》，2页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

商法理论较之一个成熟的法律学科尚相去甚远。尽管有人认为商法本来就是一个没有理论底蕴的技术性法律领域，还有人认为商法规范的法理基础或将商法加以理论的升华就是民法的理论，并且持这种观点者在我国法学界明显居多数地位，但这并不应成为商法学者对此无所作为的托词。因为真实情况应当是商法特有的学理未被充分地认识，商法深层的理论价值尚未得到发掘。在制定了各种具体的商事单行法后，法学界对于本应在此之前就对其进行法理加工和提炼的学术使命，却仍然令人震惊而遗憾地忽略了，并且这一遗憾延续至今。我国立法者与理论界在应对个别商事关系法律调整需要的同时，缺少了对整个商事关系共性问题和普遍规律的总结，而这正是中国商法学者责无旁贷的使命，是商法理论研究大有作为的广阔领域。

关于我国商法学界在商法基础理论研究上存在的问题，有商法学者谦虚而又客观地写道：商法的内容是朦胧的，商法的边界是模糊的。在中国20年的法学史上，这样的情况的确少见：一方面我们在念叨着商法，但却不确定商法为何物；一方面我们在呼喊着商法的理论和学说，但却说不清商法的概念和范围。面对着古老成熟的民法，商法的位置在哪里？

我们教着商法，写着商法，眼观商法的兴旺和繁荣，我们热衷商法的事业和发展，同时我们也在怀疑着商法。我们知道它的过去，但却说不清它的现在，也看不透它的未来，我们似乎被笼罩在商法的烟雾之中，感到难以名状的困惑……困惑的问题之一是商法调整的对象到底是什么？通说认为商法调整的对象就是商事关系，但商事关系又是什么？商事关系与民事关系的相互关系又如何？将商事关系定义为商人之间因商行为而形成的法律关系，是最精确和安全的，但却未能解决全部的问题。何为商人？何为商行为？本身又是需要加以定义的问题，正是在此问题上，产生了商法上的客观主义、主观主义和折中主义的立法原则……困惑的第二个问题是到底什么是商事行为，商事行为与民事行为的关系如何？在商行为的界定上，同样存在着客观主义和主观主义的两种方式，但二者也都有着先天的缺陷……困惑的第三个问题是商事行为应否作为商法的调整对象，是否应建立单独的商事行为法的规范体系？……困惑的问题之四是商法的范围和内容如何，商法究竟由哪些部分组成？公司、票据、破产、保险、海商是否就是商法的固有范围？保险法为商法，为何银行法不为商法？海商法既为商法，航空、铁路等运输法为何不为商法？票据既为商法所调整，

信用证为何不为商法所调整?[①] 另有学者则在其编写的教科书中写道："我们发现：民商分立国家商法所选定的那些标准本身就缺乏明确的定义，如何规定'商人'和'商业交易'等术语的定义，法学界对此几乎是一筹莫展。"[②]

应当说，这些商法理论问题确实点到了国内外当前商法理论研究的要害，因而应成为商法研究者的研究对象，务必使其早日得到圆满解决。因此，作为商法研究者，即便商法基础理论研究是如此的枯燥乏味而又"高深莫测"，为了这个学科的建设与完善，为了这个法律部门乃至整个法律体系的建设与完善，我们必须形成研究合力，共同将我国商法建设推向与市场经济体制完好适应的无限美好的未来。但是，需要强调的是，我们既要立足于以欧洲大陆商法为代表的传统商法立法与理论发展的轨迹，更要立足于我国市场经济建设实践与世界范围内商法的现代发展实践，在历史与现实的双重比较研究的基础上，寻找到一个科学的中国商法制度与理论体系。然而，正如某些商法学者所言，我们不少研究商法的同志却恰恰忽略了传统商法与现代商法的这一重要区别，而以传统商法为参照物，设计我国的商法，当然会给人不合时宜的感觉。[③]

三、商法基础理论研究的理论价值

作为一个独立的法律部门，应当有其统一的主体制度、法律行为制度、权利体系和法律保护机制等统一规则，并构成统一严密的有机整体。与此相对照，我们就会发现，尽管中国商法正经历着前所未有的"繁荣"[④]，但这些据以奠定一个法律部门坚实基础的基本问题无一得到了解决。因此，中国商法在"盛世"之下，其实隐藏着深刻的危机。在

① 参见赵旭东：《商法的困惑与思考》，载《政法论坛》2002（1）。

② 赵中孚主编：《商法总论》，32页，北京，中国人民大学出版社，1999。

③ 参见乔新生：《历史的商法与现实的商法》，载《中南财经大学学报》，1999（1）。

④ 该结论的得出，非基于与民法的横向比较，乃基于其自身的纵向比较。客观上，尽管商法基础理论的研究显得力量薄弱而冷冷清清，但宣称为商法研究者的学者则为数不少且与日俱增，并且在法学硕士与博士研究生培养中，成功跻身于民商法与经济法这样的热门方向者，也往往以商法为目标研究方向。从这个角度来说，商法研究的"景气度"似乎远高于民法，更高于狭义上的经济法了。

中国商法发展面临的诸多问题中，相对而言最大的难点就是商法内部的协调与统一以及商法典的编纂问题。[①] 要对商法的法律归属问题作出结论，首先就必须对这些问题予以正面回答，在理论层面上深入挖掘，认真探讨，最终得出科学结论。不去着力于解决这些问题，而奢谈商法的地位与立法模式，既无意义，也是一种不负责任的学术态度。毕竟，理论研究必须服务于实践，并对实践起到指导作用。在法制现代化建设仍在进行中的中国，民法典的制定尚处在学者建议稿的争鸣与完善阶段，关于民法与商法的立法模式问题的研究，对于制定出一部科学的民法典以及商事立法的科学安排，具有非同寻常的意义。这就需要大力加强商法基础理论的研究，通过扎实的专题性理论研究，逐步解决这些问题，从而在明确民法与商法理论与立法关系的基础上，确立起具有时代特色与中国特色的商法体系。

事实上，商法基础理论体系化研究的理论价值远不止于此。长期以来，私法领域的基本制度架构以渊源于古罗马而建立于简单商品经济基础上的民法为惟一正确的标准，从而在民法的巨大阴影下，商法虽得到了一定的名分与地位，但只不过以“特别法”的身份偏安一隅而已。其结果，不仅使商法只能一直在缺少体系化的理论支撑之下跛足而行，而且民法理论体系在“近乎完美”的框架下，日益显示出其封闭性，从而滞后于时代发展的要求。诚然，民法确实具有极大的扩张性与包容性，一千多年前就已基本成型的法律制度与体系能够沿用至今，本身就是一个了不起的成就，也说明了其极强的适应性。然而，当社会发展到今天，法律所要调整的社会经济实践早已发生了巨大的变化，即便是与几十年前相比也是如此。因此，传统民法的缔造者所设想的借助“无所不能”而又“精巧细致”的民法制度解决现实经济生活中的一切私法问题的“美梦”也早已破灭。从哲学上看，这就是曾经弥漫于整个欧洲大陆长达一个世纪之久的“理性主义”的破灭。尽管“理性主义”的破灭本身所能说明的似乎只是成文法必然具有难以避免的局限性，但作为建构整个传统民法制度体系的基本理念的破灭，必然会暴露出原本被遮蔽的其他制度层面的问题。譬如，传统民法物权、债权、知识产权、人身权与继承权等权利体系的划分，已经显示出明显的不周延性，诸如股权、营业权等权利难以在民法中确定明确的归属；物权制度中以无体物为权

① 参见范健：《中国商法的发展与法律继受》，载范健等主编：《中德法律继受与法典编纂》，75页，北京，法律出版社，2000。

利客体的权利类型的出现也突破了传统物权理论；在曾经被严格信奉的债权相对性理论中也确立了侵害债权的侵权责任，从而使债权具备了可侵性；从人身权的非财产性与不可转让性中也发展出了自然人人格权的"公开权"或"商品化权"。因此，民法本身由于其并不完美，也迫切需要"现代化"。

这样，我们就大可不必忙于以民法的体系架构来建构与完善我国商法体系。那么，我们究竟应当怎样建构具有中国特色与时代特色的我国商法体系呢？如上所述，与民法相比，传统大陆法系商法典因其固有的制度缺陷更不具有可借鉴性。客观地讲，尽管民法存在着这样那样的制度瑕疵，但与商法相比，则明显成熟得多。渊源于中世纪商人习惯法的商法，确实从其诞生之日起就充满着致命的缺陷。一般来说，商人习惯法向国内法与制定法的转变，可以追溯到1673年与1681年的法国《陆上商事条例》与《海事条例》。而这两个条例出现的原因，据法国学者分析，乃当时工业的觉醒与国际交流的必要性，赋予了作为当时最大的强国法国以品尝"殖民食品"的强烈欲望，使法国的统治者在国家干涉主义的大旗下感到有必要将普通的贸易转化成国家交易以便加强控制。[①] 而堪称近代商法典范之一的1807年《法国商法典》，则是拿破仑一怒之下颁布的，并非一部司法巨作，它起草匆忙，杂乱无章，一经生效就显得过时与不全。[②] 这样的商法典当然难以经受时代的考验，因此今天的《法国商法典》已被修改得面目全非了。据统计，目前《法国商法典》绝大多数的条款已被废除或修改，继续有效的仅有140条，其中又只有大约30多个条款保留了1807年的行文。[③]

相比较而言，德国商法典的情况要好一些。德国与意大利、法国等国家一样，先后制定了多部成文商法。在这些商法中，具有代表性的有1727年《普鲁士海商法》、1751年《普鲁士票据法》、1776年《普鲁士保险法》、1794年《普鲁士邦法》、1861年《普通德意志商法典》。尽管在商法由商人习惯法向成文法转变的过程中，人们在设计商法规范时，力图借鉴较为成熟的传统民法制度，但以1861年《普通德意志商法典》

① 参见［法］克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，8页，北京，商务印书馆，1998。
② 参见［法］克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，10～11页，北京，商务印书馆，1998。
③ 参见金邦贵译：《法国商法典》，"译者的话"之第1页，北京，中国法制出版社，2000。

的生效为契机，德国商法无论在理论还是立法上都已经较为成熟地发展起来。而此时的德国，由于在民法典的制定方式等问题上，法学界还在进行激烈的争辩，因此民法典迟迟未能出台，以至于 1861 年《普通德意志商法典》基于各邦国法律处于四分五裂的状态，特将本应属于民法典范畴的一般债法吸收进去。可见商法不是从普通私法中分离出来的，商法一经产生，它就独立存在，与普通私法平等发展。尽管在德国民法典制定之时，德国商法向特别法的发展已经结束，但是德国商法已经发展成独立的法律部门，商法典的编纂也经受住了考验。因此，从一开始就决定了商法典不能作为一个整体被吸收到民法典中去，而是将其作为单独的法典编纂对象。这样，除了将一般法律行为与合同规则纳入民法典之外，并不考虑要把《德国商法典》并入到《德国民法典》之中，毕竟这两种法律体系是存在着根本区别的：民法典的体系是建立在潘德克顿体系之上，而商法典的体系，一方面立足于商人及其企业即商事组织之间活生生的经济关系和法律关系，另一方面则立足于特殊的商行为之上。因此，立法者以商法规范构建了自成体系的 1897 年《德国商法典》。然而即便如此，《德国商法典》也充满着危机，从其诞生之时起就面临着无情的存废之争。尽管在其百年之际，最终没有废除而是选择了修订，但是历经了百年沧桑之后，《德国商法典》在表现出其较强生命力的同时，其制度上的巨大缺陷也仍然十分明显。

实际上，正是因为这些典型的商法典的制度缺陷，使得人们在批判与质疑商法的制度价值时，往往忽略了商法原有的而民法又不能替代的特有价值。因此，要想使商法地位得以确立并获得坚实的基础与广泛的支持，就必须全面检讨现有商法的构建依据与构建体系，摆脱民法基本制度与理论体系的阴影，构建起基于其特有的调整对象而真正属于自己的制度与体系。如果这一工作进展顺利，则不仅会赋予商法以全新的生命使其获得完整的理论体系与制度架构，而且会促进民法理论体系与制度架构的完善。应当说，因为民法渊源于简单商品经济就认为民法只能是“简单商品经济完善法”，是“调整家庭人身、财产及其取得关系的法律规范的总称”，从而将市场交易关系排除于其调整对象之外①，不管

① 参见徐学鹿：《商法总论》，124 页，北京，人民法院出版社，1999；徐学鹿：《论商法的概念》，载徐学鹿主编：《商法研究》（第二辑），20 页，北京，人民法院出版社，2000；徐学鹿：《析“民法商法化”与“商法民法化”——再论“进一步完善民商法律”》，载《法制与社会发展》，1996（6）。

怎样这种观点都是过于偏激的。依此，只调整家庭关系、不调整市场关系的民法，当然也不可能是统帅商法的基本法。可以说，这确实如某些学者所言，是一种割裂民法和商法，挑战民商法沿革、现状和相关概念使用的客观实际，人为地突出和拔高商法的观点。[①] 类似于此的极尽张扬商法之能事的做法，其目的当然在推动商法的独立发展，促使商法独立地位的确立，但其实质却往往会导致法学界对商法的不正确的认识甚至产生无谓的抵触情绪，从而客观上反而并不利于商法的发展。事实上，不管是作为商法学者还是作为民法学者，在对民法与商法作出界定时，毫无疑问都不应抱有任何的“门户”偏见，而应在对民法或商法中的某一法律部门作出科学界定的同时，客观地对另一法律部门予以界定。如果我们真正认真地研究了商法，尤其是对其基础理论有了精深的认识，就会发现商法的独立性固然不容置疑，但民法调整现代市场经济的功能也同样不容置疑，并且商法确实存在着对民法的依赖关系，只不过这种依赖关系不同于传统的民法与商法间关系的认识而已。

多年来，即使是在民商分立的国家，关于商主体、商行为、商事法律关系的内涵与外延及其相互关系的界定大多处于模糊的甚至是混乱的状态，不仅阻碍了商法的建设与完善，而且使其实施效果受到严重制约。在商主体方面，随着市场经济的发展，市场交易主体早已发生了巨大的变化，市场准入方面在放松了准入门槛的同时也加强登记与商业账簿等方面的监管，并且资本的人格化日益明显，即便是个人独资企业也逐渐取得了法律人格，因此传统商法中的商人概念无论在内涵与外延上都发生了巨大变化，在新的形势下完全有必要予以整合与重构，使之适应社会经济生活实践。在商行为方面，由于各主要商法典大多制定于19 世纪，而限于当时的市场交易实践，许多当时并不存在的商行为今天已经成为重要而又普遍的市场交易行为，并且商主体发生了巨大的变化，因此商行为的内涵与外延的界定也应当重构。商事法律关系是否限于商主体之间的关系，商主体实施的行为是否都可推定为商行为，商行为的实施者是否都必然是商主体，如果不是商主体从理论上又当作何解释？这些问题都属于重新界定商法与重构商法体系所不可回避的基本问题。正如民法典的制定需要民法研究者多年来致力于民法基本理论与体系建构研究，商法典的制定与商法理论体系的完善也需要商法研究者对

① 参见史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》，2001 (4)。

商法基础理论问题潜心研究。鉴于商法研究相对落后，我国商法研究者更应该集中精力刻苦研究，只有如此才能使我国商法典的制定早日扫清理论障碍，从而使适应我国市场经济建设实践的新型商法典早日问世。除此之外，商法基础理论的研究实际上也有助于民法理论体系的梳理，对于民法中的诸如主体制度、权利体系等问题的妥善解决，也具有很高的借鉴价值。①

① 多年来民事主体的内涵与外延实际上也存在着很大的理论分歧，一方面囿于传统的限于自然人与法人的主体范围的规定与理论而裹足不前，另一方面又确实需要确认实际存在的其他民事主体的地位，因而无论是立法上还是理论上都存在着难以克服的矛盾。

第二章

商法的独立性：源于法律体系之内在逻辑

在大陆法系国家，不管是否采民商分立的立法模式，传统上商法都被作为私法之一部分而与作为公法的行政法、刑法、诉讼法等法律部门明显区分开来。然而，令人遗憾的是，尽管具有悠久传统的商法与民法的制度与研究均可谓非常发达，但商法与民法之间的确切关系，却始终未能形成一个令人信服的较为统一的认识，在制度层面的安排上也显得较为混乱。即便是在具有悠久商法传统并制定了形式意义上的商法的国家，这一问题也一直处于一种模糊认识或者说颇多争议的状态。在我国，关于民法与商法之间的关系，或者说商法之于民法的独立性问题，也同样存在较大的争议。一般认为，商法的独立性包括两层含义，即商法学的独立性和商法部门的独立性。[①] 关于商法学的独立性，法学界有着较为一致的观点。[②] 只有极少数学者认为，商法并非实际的法部门，只不过不妨在一般私法或不严格的意义上使用"民商法"或"商法"的概念或提法而已。[③] 关于商法是否具有部门法地位，则一直是一个争论不休的问题。尤其在德国和日本，争论得非常激烈。在我国也可

① 参见刘凯湘：《论商法的性质、论据与特征》，载《现代法学》，1997（5）。

② 参见徐海燕、张新宝：《商事法研究述评》，《法学研究》，1999（1）；吴克友：《旧中国民商立法及其借鉴意义》，载梁慧星主编：《民商法论丛》，第10卷，283页，北京，法律出版社，1998。

③ 参见史际春：《社会主义市场经济与我国的经济法——兼论市场经济条件下经济法与民商法的关系问题》，载《中国法学》，1995（3）。

以说是“世纪之争”①。为此，我们特地对典型的民商分立国家的德国商法、法国及其他国家或地区商法与我国商法的独立性予以研究。②

一、德国商法的独立性考察

尽管在德国，商法具有悠久的传统，曾经对世界商事立法产生深远影响的1897年《德国商法典》至今已逾一百多年，但是关于商法的独立性从一开始就有许多异议，近年来尤其是在1998年《德国商法典》修订之前，学术界更是异议纷起。

“如果说商法在19世纪还是一部新生的、对整个私法领域产生了促进作用的法律部门的话，那么在今天则有越来越多的人对商法作为特殊法律部门存在的必要性提出了怀疑……今天人们仅仅在部分情况下还将商法视为商人阶层的特别法。”③ “……一种以一部不成功的法律为依据的商法理论面临着与商法调整对象脱节的危险。”④ 在德国，诸如此类的关于商法危机的论断随处可见。那么，一个有着丰富历史的法律部门是否真的面临着灭亡的危险呢？

关于商法衰败的论断似乎是不容否定的。商法作为商人的特别法，是建立在一个主观体系之上的，即商法法规的适用是以法律主体的身份即其商人身份为前提的。

作为商法基本法的《德国商法典》，有人认为只不过是为与1896年

① 有学者将商法独立性的百年论争史概括为三个阶段。第一阶段（19世纪末叶）主要是围绕民商二法的历史沿革、立法技术、适用标准等问题展开。第二阶段（20世纪上半叶），论争的重点转移到了商法是否具有不同于民法的特殊原理上，主要是对民商二法进行原则和制度层面上的比较研究。这无疑是在民商法关系的研究上深化了一步。第三阶段（20世纪下半叶以后）更进一步，探讨的重点放在民事与商事的不同特点和规律上，从而揭示商法不同于民法原理的根源。参见王有志、石少侠：《民商法关系论》，载中国法学会商法学研究会编：《中国商法年刊》（创刊号），94页，上海，上海人民出版社，2002。

② 这部分内容不可避免地要涉及商法的历史发展的相关内容，我们尽量避免重复，但某些知识点还是会有些重复。

③ W. Z? llner, ZGR1983, 82.

④ K. Schmidt, JUS1985, 249ff, 250.

《德国民法典》保持一致的产物而已。并且有人认为，在那些当时构成商法的诸多内容中，今天被德国法学界视为"真正"商法而加以研究的仅剩下《德国商法典》第一编和第四编中的部分内容了。即使将商法典之外的其他法律中一些专门适用于商人且具有实践意义的规定都被归入到商法体系中，如《分期付款法》第 8 条，《一般交易条件法》第 24 条以及《民事诉讼法》第 29 条第 2 款、第 38 条第 1 款及第 1027 条第 2 款等商法规范也显得极为单薄，似乎难以支撑一个独立的法律体系。

在德国商法的发展过程中，我们能够发现一份被视为商法衰败证据的商法"损失表"。首先完成自身独立并从商法分离出来的是公司法。在商法典中虽仍能找到有关无限公司（第 105 条及相继条款）、两合公司（第 161 条及相继条款）及隐名合伙（第 230 条及相继条款）的规定，但此前由商法典第 178 条及相继条款规定的股份有限公司在 1937 年即有了自己的专门法律，到 1965 年则从商法典中完全独立出来，单独制定了《德国股份公司法》。而《有限责任公司法》和《合作社法》则自始就未被纳入《德国商法典》的体系之中而制定了单独的法律。商法典对公司之所以重要，一方面是因为《德国商法典》第 6 条明确规定，"关于商人的规定也适用于公司"，并且"无论企业的经营内容如何，凡法律赋予商人资格的社团，其权利义务均不因此而受妨碍，即使不具备第 1 条第 2 款的条件，也不例外"；另一方面，则是因为无限公司与两合公司这两种人合公司根据《德国商法典》第 105 条及第 161 条的规定，必须适用有关商人的法律规定。然而，以上这些联系却丝毫未影响人们对公司法作用的评价：公司法被多数学者作为一个与商法并列独立的部门进行研究。[①] 事实上，公司法仅在广义上属于商法的范畴。[②]

其他还有一些内容，尽管从内容上或实际上讲属于商法，也被从商法中分离出来或者干脆未曾归入到商法体系中去。《德国商法典》第 59 条至第 83 条对商事雇员作出了规定。然而现在，《德国商法典》第 59 条及相继条款以及关于专业工人法律规范的《商业规则》第 105 条及相

① 参见罗伯特·霍恩等著，楚建译：《德国民商法导论》，56 页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

② Capelle/canaries, handelsrecht. Ein Studienbuch, 20. Aufl. 1985, § 111c, S. 3f.

继条款，则都已经被视为劳动法的组成部分了。① 票据法无疑也与商业活动有着重要的（尤其是在实践中）关系。然而按照德国商法以商人这一人格特征为其适用前提的理论，适用范围与是否存在商人这一人格特征无关的票据法，并不能归入狭义的商法之中。就内容而言，仅《德国商法典》第 363 至 365 条中关于商业有价证券的规定属于商法，因其与商人的人格特征有密切的联系。② 除此之外，银行法、证券法与商业活动也有着密切的联系，但是它们的绝大部分内容仍不属于商法。其中，银行监管法属于公法，而银行合同法则属于民法。这样，仅在《有价证券保管法》中规定的证券交易代理和证券保管活动基于《德国商法典》第 383 条及其相继条款的规定可归入商法之中。③ 最后，经济法在实践中也经常涉及商人，如限制竞争法与反不正当竞争法。但从法律属性上而言，它却绝不属于作为商人之特别法的商法。

那么，在德国商法典中现在究竟还有哪些内容属于商法的内容呢？据德国学者分析，这一方面包括《德国商法典》中以“商人”为标题的第一编中的诸多规定。其中又以规定商人概念、商事登记簿、商号、经理权与代办权的第一部分最为重要。其次便是有关商事代理人与商事居间人的规定。尽管这一体系的安排招来颇多争议，但就其内容的法律属性而言，属于商法范畴当无疑义。近年来，根据欧共体（欧盟）的统一立法要求，人们又将涉及所有商人的有关“会计簿册”的规定也归入商法的范畴。这些规定存在于通过 1985 年 12 月 19 日颁布的《结算准则法》重新构建的《德国商法典》第三编之中。另一方面内容则是以商行为为标题的《德国商法典》第四编中的有关规定。其中，《德国商法典》第 341 条第 1 款对于商行为作了界定，指出商行为乃商人为从事商事经营而实施的行为。《德国商法典》对商行为作出了大量的一般性规定。尽管这些规定建立在民法的基本法律制度与原则之上，但在内容上与民法规定显然不同，乃系适应商事交易的特点而确立的。其中尤以那些扩大了私法自治原则适用范围的规定最为重要。这些规定不仅涉及内容自

① Vgl. Dazu Schlegelberger/Schr? der, Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 5. Aufl. 1973, Einl. vor § 59.

② Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, 12. Aufl. 1986, § § 22, 23.

③ Aber auch ihre Er? rterung erfolgt regelm?? ig im Zusammenhang mit der entsprechenden Spezialliteratur, vgl. z. B. C.-W. Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rdn. 1810ff. 2080ff.

由原则[①]，还涉及形式自由原则。[②] 这些规定为商人提供了更多处理自己事务的选择，具有重要的实践意义。从性质上讲，可归人这一范畴的还有适用已很久的《分期付款法》第 8 条的规定[③]，以及《民事诉讼法》第 1027 条第 2 款的规定。[④] 此外，可归人商法的还有 20 世纪 70 年代才生效的《一般交易条件法》中第 24 条第 1 款第 1 项[⑤]以及《民事诉讼法》第 27 条第 2 款、第 39 条第 1 款的规定。[⑥] 在关于商行为的一般规定之外，《德国商法典》又以较大篇幅对具体商行为作了规定。对于这些与民法中特别是债法中的内容相似的规定，《德国商法典》仅就商事买卖、商事行纪、运输代理、仓储行为、货物运输以及铁路运输行为等不能为民法所包含的内容作了规定。

由此可见，商法具有为商法所特有的核心内容，主要包括商人概念、商事登记和商号；同时，商法具有可谓真正属于商法调整内容的规范，主要是《德国商法典》第三编关于商业账簿的规定。基于此，商法具有规范的特殊性应无疑义。由于商法规范的适用须以民法为基础，显得较为单薄，而最具商法特色的商业账簿的规定又是一些相当零散的规定，似乎像有些德国学者所说的“不能自己支撑自己”。并且，通常在司法实践中商法也更多地是以《德国商法典》之外的规定，如广义上的商法与《德国民法典》中的规定，为其适用基础与补充。但是，如果我们不局限于《德国商法典》之规定来审视商法，就会明白商法并非像我们想像的那样狭隘。至于商法以民法为基础与补充，则正是商法作为民法的特别法的体现。如果对于同样的问题，在民法典之外，再在商法典中加以规定，则有违立法经济的原则。对此，《商法典施行法》第 2 条指明了商法典与民法典之间的内在联系：“在商事领域，民法典的规定仅在商法典中无规定或无特殊规定的情况下方可适用。”因此，在商事

① 《德国商法典》第 348 条规定：“商人在经营其营业中约定的违约金，不得依《民法典》第 343 条的规定减少。”

② 《德国商法典》第 350 条规定：“只要担保人的担保、债务人的债务约定或债务人的债务承认是一种商行为，那么担保、债务约定或债务之承认不再适用《民法典》第 776 条第 1 款、780 条、781 条第 1 款的形式规定。”也就是说，口头的保证、债务约定或债务承认，当保证在保证人一方、约定在债务人一方为商行为时，仍然具有法律效力。

③ 依该条规定，当收货人是在商事登记簿上登记的商人时，则该法对其不适用。

④ 该条规定对商人订立的仲裁合同无形式要求。

⑤ 依该条规定，关于一般交易法中的大多数保护性条款不适用于商人。

⑥ 依这些规定，商人具有就其商事交易选择管辖法院的权利。

领域商法典作为特别法便较民法典有了优先适用的效力。同时，民法仍作为商法的根基而存在。

至此，尽管《德国商法典》已经存在了一百余年的时间，但是关于商法究竟是否是一个独立的、与民法有本质区别的法律部门的问题，以及在肯定了制定有关调整商人行为的专门规范的情况下，是否有必要制定一部专门适用的法典的问题，似乎还不能得到满意的答案。今天，学者们在论证商法的独立性时多以其"本质特征"为根据。一般来说，这种"本质特征"指的是交易安全的强调、交易简便、快捷、外观主义等。[①] 但是，也有学者认为，这些特征与民法并无根本区别。譬如，商号权与姓名权极为相似；经理权和代办则属于代理的范畴；商业惯例与《德国民法典》第157条关于交易惯例的规定并无二致；《德国商法典》第366条也仅仅扩展了民法中的善意取得制度而已。此外，商事交互计算、商事行纪、商事运输与仓储行为虽被作为商法调整的对象，但毫无疑问，它们也可以归入《德国民法典》的特殊之债中去。总而言之，商法被一些学者认为仅仅是以"民法内容的变异体"为其内容的。[②] 对此，如上所述，实际上乃商法作为特别私法属性的必然体现，并不能成为否定商法独立性的依据。事实上，除此之外，还存在着一些与民法典中的规定无对应关系的"纯粹的"商法内容，如商人的瑕疵通知义务（《德国商法典》第377、378条）。与此有关的规定被视为典型的商人法：买方必须是商人，因为对于非商人而言，因其缺乏专业知识而不能苛求其立即进行检查并作出通知；同样也要求卖方应具有商人资格，因为仅有商人才具有应受保护的要求迅速处理事务的利益，而买方的瑕疵通知义务也正是为了实现这一目的的。不过，对此也有人提出异议，认为关于瑕疵通知义务仅适用于商人这一限制并不符合"事物的本质"，也不具有"事实上"的合理性；因为《普通德意志商法典》第341条早已规定任何买方都有瑕疵通知义务，而类似的规定今天在《国际货物销售合同公约》中也可找到。对于前者，可以理解为，《德国商法典》一改《普通德意志商法典》对瑕疵通知义务不加限制的做法，而将其限定在商人范围内，正是考虑到了这一义务的实质与商人的特殊素质；对于后者，可以理解为，该法虽未限定适用主体范

① Vgl. B. z. B. G. H. Roth, Handels-und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1986, § 1, 2, S. 3ff.

② So die plastische Formulierung von Capelle, canaries, handelsrecht. Ein Studienbuch, 20. Aufl. 1985, § 111c, S. 8f.

围，但实际上在绝大多数情况下仅适用于商人，因为订立国际买卖合同的主要是商人。

综上所述，商法的存在，并非像某些学者所描述的那样："曾被设计为民法典的一颗卫星，而……今天它与它的辅助法律一起更像是一片陨石云了。"[①] 毫无疑问，尽管存在着上述似乎足以否定商法的"事实"，但仍然不能不承认商法与一般民法之间确实存在着本质区别并具有其自身价值。商法的这些规定调整的是一个追求简便、快捷、顺利并充满信任的能够安全地从事商事交易活动的社会生活领域。因此，商法主要针对的是那些需要承担更多的责任并较常人更少地需要保护的主体。这一点，正是商法在过去被作为独立的法律部门加以规定，而将来仍将独立存在并起到重要作用的理论基础。事实上，选择民商分立抑或民商合一仅仅是一个立法技术问题而已。[②] 不管怎样，基于商法目的的独特性及其悠久的传统，商法仍将独立存在。当然，由于《德国商法典》制定于 1897 年，囿于当时的立法理论，其理论体系的构建方面现在看来确实存在许多问题，并且商法所调整的商品经济关系早已发生了翻天覆地的变化，适时地对《德国商法典》加以修订，是必不可少的。在修订的具体方案上，德国学者先后提出了许多建议，但不管怎样，在德国商法学中，一般来说可以明显地看出学界是在努力地寻找一种能够使商法独立的理论。其结果便是 1998 年对《德国商法典》核心内容的较大篇幅的修订。这次修订是在理论界经过长期的、充分的探讨，立法者经过深思熟虑的权衡，以适应现代市场经济实践的客观需要的结果，可以说是一次既维护了商法体系又实现了对商法进行现代化改良目标的较为成功的尝试。这也从另一个侧面说明当代德国理论与立法者主张商法应独立存在仍属于主流学说。

---

① R. Herber, Probleme der gesetzlichen Fortentwicklung des Handels-und Gesellschaftsrechts, ZHR 144 (1980), 47ff, 68f.

② So z. B. Muller-Freienfels, Zur "Selbst? ndigkeit" des Handelsrechts, in: Festschrift v. Caemmerer, 1978, 615.

二、法国商法独立性考察[①]

与德国民商法的立法时间顺序相同，法国也是在制定其民法典之前，就早已存在成文法形式的商法了。路易十四时期的1673年与1681年，在柯尔伯主义[②]的影响之下，法国分别颁布了计12章112条的《陆上商事条例》与分五编的《海事条例》。而此时的法国法律尚未完成成文法化，一般民事关系还是适用罗马法与习惯法。[③]

从诸多意义上讲，法国大革命是法国在18世纪经历的紧张关系的结果，是几千年社会政治结构不适应两个世纪以来社会主体变革而发生的突变。结果，法国社会以自由创建和自由竞争的原则取代了在过去国家经济中占统治地位的行会主义的、统制经济和重农主义的教条。因此，法国在制定了著名的1804年《法国民法典》之后不久于1807年就制定了《法国商法典》。法典采取了民商分立的立法模式，不仅在形式上而且更在实质上奠定了民商分立的基础。法典确立了以调整商事组织和商行为为主要对象的现代商法体系，同时又确立起了以公司、票据、保险、破产、海商等为主要内容的资本主义国家商法的形式。然而，许多革命的立法者是纯粹的个人主义者，他们关心较多的是小商业和手工业，而对促进大工业的发展却了无兴趣；又加上缺乏周密的理论准备[④]，《法国商法典》显示出很大的弊端。法典本应具备的各种条文，如资本公司、无形所有权、营业资产、竞争等等，在这部法典中却均未涉及。它把商业经营圈定在一个法律隔离体内，使商业法[⑤]受到致命的危害。

---

① 限于法国商法资料匮乏，而我们又不懂法语，为介绍清楚法国商法在法国本土的地位及其演变，只好大量使用有限的材料，因此本部分内容大量使用了［法］克洛德·商波所著《商法》等文献中的相关材料。

② 所谓柯尔伯主义即法国17世纪的重商主义，由柯尔伯（J. B. Colbert）提出，故名。

③ 参见［法］克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，8页，北京，商务印书馆，1998。

④ 法国学者传言，《法国商法典》之制定，乃因军火商供货时屡屡出现麻烦，拿破仑一怒之下而匆忙制定，或许可视为证据。

⑤ 克洛德·商波将商人法、商业法与商法严格区分，认为这三种商事法属于广义商法的三种形态或者说是三个前后相继的不同发展阶段。

然而19世纪毕竟可谓商法的世纪。无形所有权的发现及后来的无形所有权的组织一下子把商业法提高到一个概念化的高度。立法机关不顾革命者根深蒂固的个人主义，出台了相关法律以打破阻挠工业和城市发展的障碍。同时，立法机关完善并推广了商业文明必不可少的金融工具。为了支持商人，立法机关创立了商业所有权；本着这一精神，立法机关还发明了新的担保形式，以更广泛地保证商人们的信誉。具体表现为1848年的栈单（货物抵押信用）、1863年的商业抵押（不剥夺企业资产抵押）和1909年的经营资产总抵押（无形抵押）。这一“美好时代”的标志还有恢复对商人的尊重：1889年删除了一些对破产者有失体面和压制性的规则。[①] 这一切表明，商法获得了独立的发展。但是，正因为商法的巨大影响，使商人的行为举止、待人态度和生活方式潜移默化地成为大多数法国人的行为举止、待人态度和生活方式，商法也不再依从于中世纪的法律人格原则，而成为一部客观法律，并且在某种情况下成为一部普通法。[②] 其结果便是商法的泛化，使商法的独立性开始动摇。

此外，法国学者认为，商业法这一概念本身及其基本观念（商行为、商人资格、财产与经营活动的特定法律地位）对适应这一学科的所有发展都有妨碍。商业法的基础是“商行为论”，但其繁琐性掩盖不住它的不实性。将商行为理论视为商业法的基本规则，是把它夸大了。实质上，商行为理论基础就是一系列的区分方法和称谓。这些方法和称谓分得很细，但往往不合理，有时甚至是荒谬的。自然商行为给予了商人的称谓，但实质上这些行为并不全是商业性的；而客观商行为，虽然在实质上是商业性的，却又没有给予这种身份；附属商行为客观上不是商行为，而混合行为，就其性质上讲是商业性的，但其中一部分仍属民事法律行为。还有一种附属混合商行为，不论从哪方面看都不是商业性的，只是在提交商事法官审理时才被称为商业性的。事实上，其法律之混乱性还远不止于此，尤为甚者，商业法的推理竟采取循环论证的方式。如果问什么是商人？回答是商人就是从事商行为的人。而如果问什么是商行为？回答则是商行为就是根据商人方式所从事的行为。显然，这种不完善的、形式上的推理，要比先有鸡还是先有蛋的争论更具有形而上学的投机性，实难得出条理清晰的法律推理。

---

① 参见［法］克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，11～15页，北京，商务印书馆，1998。

② 参见［法］克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，15页，北京，商务印书馆，1998。

还有一种因素大大妨碍了商业法的发展，这就是傲慢并占优势的民法的影响。民法作为一种高尚的法、农村性的法，有关不动产保守不变的法，想成为普通法，认为一切超民法的规则，其性质都是不完整的，其作用都是异端的，其目的都是有害的。可以说，商业法的大部分束缚和大量的挫折都是由于民法工作者占统治地位的司法界持这种态度的结构。① 不过，客观地讲，当今时代的裂缝只能说明商业法众多的原始缺陷带来的不完善之处。这些裂缝首先表现在商业与大型工场主企业之间的鸿沟越来越大，商人这一概念已不能包含商界的所有领域。工业和大型企业产生了一些满足于它们特定需要的规则、技术和法律程序。手工业脱离了小商业，同时制定了特殊的专业性法律，巧妙地把民事规则、商业法和行会特点糅合在一起。19 世纪的这一行业分裂损害了商业建设，20 世纪的商业生活又加剧了周围气氛的混乱，其危害也不小。从此，出现了半商人和假商人，他们的身份对商业称谓也构成了挑战。

于是，"商法"在法国应运而生了。当然，如同商人法仍充满活力就已经出现了商业法一样，商法概念的出现是逐渐的，并不是立即全部一下子就取代了商业法的概念。商法这一概念首先是在商界得到承认，随后又逐渐被商业法专家采用。但是，更多的人仍沿用其原来的叫法，甚至在其所涉及的材料已超过商业法的界限时，仍然如此。法国学者认为商法与商业法是有区别的。首先，在范围上，或者说是它包含问题和解决问题的能力方面，商法大大高于商业法。商法不仅接受刑法、社会法、税法和其他法律的规则，不仅把公法与私法进行了综合，而且还把法律技术与用于解决商界生活中诸如企业内外日常遇到的组织问题的管理技术融为一体。当传统的法律学科仍由法律规则的规范性主宰时，商法则已全部转向它的组织功能了。商法与商业法的第二个区别在于其使命。商法调整的不是按照职业划分的人，而是按照性质和经济影响划分的业务。商业法是主观法（有时是特权法，有时是嫌疑法，但一直是阶级法），而商法则适用于独立于业务人员身份并独立于据以判断业务人员身份的司法种类而具有商业性质的业务活动。② 由于我们正处于商业文明占统治地位的时代，工商业已经走到其他各项活动的前面，并将其精神渗透到其他各项活动中，把自己的规范技术强加于其他各项活动。每个人都求助于信贷，甚至于股票投机，人人都想发财，经济考虑已进

① 参见［法］克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，17～18 页，北京，商务印书馆，1998。
② 参见［法］克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，23 页，北京，商务印书馆，1998。

入人们的生活习惯，因此，完全可以说商法已成为科技、工业和城市社会的一部通用的法律。这就是所谓“法律的商化”[①]。尽管面临着指责，但谁也不能否认商法确实在学科方面凌驾一切。即使经济活动的某一法律分支自成一体，从而与商法区别开来时，也不能因此而摆脱其技术、推理和精神的影响。现代农业法就很好地说明了这一点。农业法的立法原本就是因为随着种植技术的机械化、养殖技术的工业化，相应地产生了农业企业。因此，尽管农业法不同于商法，但从本质上讲，还是应归入商法的范畴。[②] 其他类型的企业更是理所当然地要受到商法的调整。这样，商法实质上就演变成一部调整企业关系的法律，或者说以企业为其主体的法律。

由于企业关系绝非商法所能完全调整者，因此，民法仍得在企业法律关系中得到适用，并且从某种意义上讲还是提供一般性与补充性规范。譬如，关于“财产以及所有权的各种变更”、买卖契约的规定、担保与民事公司等内容就必须依赖于民法典规制。不过，尽管学说上对于私法的一元化与二元化仍争论不休，但商法的独立地位在法国实际上保持巍然不动。商法不仅不向民法接近，而且已成为一种基本法。不论是从商法的精神看，还是从法律渊源及其发展趋势来看，商法的独立性都愈来愈明显。基于此，法国商法独立于民法基本上无可争议，但其与民法之间特别法与一般法的关系仍得在某种意义与程度上成立。

三、其他国家或地区商法独立性的简单考察

（一）日本商法独立性

日本自1868年明治维新之后，走上了资本主义的发展道路，现代工业、交通、金融、贸易得到了迅速发展。为实现法律现代化，日本开始了大规模的现代化法典编纂工作。从一开始，日本就深受法国与德国

① ［法］里佩尔（G. Ripert）：《现代资本主义的法律面目》，149页，法学及司法判例出版社，1951。

② 1985年7月11日法国颁布一项法令，使从事商业、手工业和自由职业的人可以成立一人公司，该法还特地规定，农业生产者可以成立一人有限责任农业公司。

立法模式的影响，采取了大陆法系的民商分立模式。为此，日本先后制定了1890年《日本商法典》与1899年《日本商法典》。前者本称为旧商法典，后者被称为新商法典。旧商法典被新商法典取代，新商法典则实行至今。不过，尽管日本实行民商分立的立法模式，但商事关系并不能由商法典完全调整。在日本法律中，涉及商的大约有50多种，通称"商业六法"。具体由以下法规组成：（1）宪法和公法中涉及商业的条款；（2）独立的《日本商法典》；（3）民法中关于商业活动的规则；（4）刑法中关于商人、商业企业违法犯罪行为处罚的规定；（5）税法、会计法中对商业企业的有关规定；（6）《日本商法典》的补充规定，如《商业登记法》、《有限公司法》、《百货店法》、《商品交易所法》、《保护消费者基本法》、《不正当竞争防止法》、《票据法》、《支票法》等等。[①] 由此可见，日本商法范围十分广泛，内容也较完整。但是，这指的是广义的商法，而广义的商法则包含了民法的相关规范。

由于日本商法体系科学、内容详实、协调性好，具有很强的可操作性，加之许多条款属于对判例的承认、修改和补充，适应性极强，因而日本商法在经历了社会生活的巨大变迁后，仍然能够保持其独立、稳定的适用性。尤其是在第二次世界大战后，日本在政治、经济及社会生活等各方面都发生了巨大的变化，但日本商法主要原则与大部分条款却改变甚少。日本商法的基本精神在于禁止垄断、禁止不正当交易、扶持中小企业、保护正当交易、保护消费者利益，因而日本商法具有特定的调整范围，加之法律规范具有准确、严密、逻辑性强等特点，可谓一部具有高度科学性的法律。[②] 不过，日本商法毕竟只是针对商事交易的相关具体问题予以规定，作为一般私法的日本民法仍然对商法的适用具有重要的补充意义。因此，商法仍可谓民法的特别法。

（二）瑞士商法独立性

在大陆法系国家，瑞士被公认为是开民商合一立法例先河的国家。但是，瑞士的民商合一立法模式，实际上并非许多人所想像的那样，即商法完全被吸收于民法从而彻底丧失了其独立性。事实上，如果注意考

① 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，164～165页，北京，北京大学出版社，2000。

② 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，166页，北京，北京大学出版社，2000。

察《瑞士债法典》的体系结构，我们就会发现瑞士商法还是具有相对的独立性的。

1848年瑞士宪法确立了瑞士联邦体制，但其时统一私法尚未提上日程。然而随着资本主义经济的发展，统一私法日益成为一项迫切的时代要求。因此，1874年瑞士联邦宪法终于被修订，使联邦拥有了制定关系到商事和不动产交易相关法律的立法权限。基于此，瑞士联邦立法机关在1881年6月14日颁布了《瑞士联邦债法典》，并于1883年1月1日起实施。此后，瑞士又制定了1907年的《瑞士民法典》。与此相适应，立法机关对《瑞士联邦债法典》作了修订，并于1912年1月1日与《瑞士民法典》同时实施。不过，限于修订时间，当时并未将原《瑞士联邦债法典》中第552条以后有关公司法、商事登记法、有价证券法等商法规范涵括于《瑞士债法典》中。此后，瑞士联邦立法机关就立即开始了商法规范的修订工作。根据社会经济生活实践的要求，通过1928年、1931年的两次重大修订，《瑞士债法典》全部内容终于制定完毕。①

在法律规范内容的具体组成方面，瑞士的债法规范基本上都集中规定于《瑞士债法典》之中。在《瑞士债法典》中，第1、2编是关于债的一般规定，第3～5编则分别规定的是“公司与合作社”、“商事登记、公司名称与商业账簿”和“有价证券”②。很明显，除了未对商人与商行为作出专门规定外，《瑞士债法典》基本上包含了民商分立国家商法典及其他主要商法规范的相关内容。当然，由于《瑞士债法典》可视为《瑞士民法典》的组成部分，因此瑞士商法只不过是瑞士民法的组成部分而已。不过，尽管如此，我们还是可以认为，瑞士商法只不过缺乏了传统商法中商人、商行为等象征性制度规定，此外在形式上未能获得独立存在，但是其独立性或者说相对的独立性仍可得到肯定。

（三）意大利商法独立性

意大利早在统一完成后不久的1865年即制定了《意大利民法典》，此后，随着步法国、德国等欧洲国家后尘的工业化进程的发展，在企业和劳动关系方面产生了一些新问题，而这些问题又在原有法律中找不到

① 参见吴兆祥等译：《瑞士债法典》，译者的话，1～3页，北京，法律出版社，2002。

② 吴兆祥等译：《瑞士债法典》，167～333页，北京，法律出版社，2002。

解决办法，因此在1882年又制定了《意大利商法典》。这样，意大利法律体系中，经济关系有关问题就主要由《意大利商法典》及其相关规范调整，形成了民商分立的格局。

第一次世界大战促进了意大利经济和社会的变迁。早在战争期间，在夏落亚的推动下，在相互结成反对德国同盟的意大利和法国就已出现了要求在某些领域实现"法律统一"的观点；战后，这种观点东山再起，并且成立了一个委员会来起草"意法债与契约法典草案"①，该草案于1927年通过，1928年公布。"法案"努力在法国法典、意大利法典与德国法典模式之间寻找到一个平衡点，以使在"私法一体化"理念指导之下，实现法典的科学化。不过，由于法西斯在意大利的崛起，使得意大利与法国在政治上相互疏远，因而上述"草案"未能生效。但是，该"草案"还是对1942年《意大利民法典》的制定产生了重大影响。② 最终，立法者决定废除《意大利商法典》并将商法与民法统一起来。这样，意大利就成为由民商分立转而采取民商合一立法模式的第一个大陆法系主要国家。主张民商合一模式的学者更是将意大利的这一转变视为民商法立法模式的现代发展趋势。

那么，意大利商法规范的地位究竟如何呢？从1942年《意大利民法典》规范结构上看，该法实际上是一部民商法典。法典将传统民法典与商法典的相关内容都纳入到了同一部法典之中，但实质上也只是形式上的，商法的有关规范仍然以独立的章节存在，只不过未能取得形式上的独立地位而已。当然，诸如商人、商行为等传统商法典的象征性规定是缺失的。

（四）我国台湾地区商法独立性

清末在实行法律西化时曾采行民商分立的立法模式，但1929年国民党政府在民商立法模式上决定采行民商合一模式，制定民商统一法典。因此，立法院编纂民法典时，将通常属于商法总则之经理人之代办商，属于商行为之交互计算、行纪、仓库、运送营业及承揽运送等，均编入债编，而将其他不适于合编者，分别制定单行法，即公司法、票据

① 需要说明的是，该看似错误写法的词语中，"意法"分别指的是意大利与法国。

② 参见费安玲、丁玫译：《意大利民法典》，前言，2页，北京，中国政法大学出版社，1997。

法、海商法、保险法与商业登记法等。[①]

现代社会生活极其复杂，因此法律规范也日趋详备。这样，单单一部民法典根本不足以规范社会经济生活的相关内容。一般来说，民法所规定者仅为社会生活之原则性规定，商法所规定者则系社会生活之技术性规定，故商法之于民法处于特别法之地位。在采民商合一立法模式的国家，认为商事为民事的一部分，因而商事单行法规或为补充民法的规定，或为变更民法的规定。前者如公司法上关于公司及经理人之规定，对于民法上之社团及经理人；票据法上关于票据之规定，海商法上关于运送契约之规定，对于民法上之指示证券与无名证券以及运送营业等，均系分别加以补充。后者如票据法上、保险法上及海商法上关于短期消灭时效之规定，对于民法上一般请求权消灭时效，则系分别予以变更。因此，从形式上看商法虽失却其独立性，但在实质上则仍有其优越性，可以说民商合一的结果，并非商法被民法吸收，而是民法被商法征服。[②] 具体来说，首先，商法先于民法而适用。特定民事事项即商事事项，依特别法先于普通法适用之原则，凡关于商事之事项，应当优先适用商法，只有在商法无规定时，才能适用民法。例如，公司法律问题，公司法应当先于民法上营利社团的规定而适用；票据法律问题，票据法应当先于民法上指示证券或无记名证券之规定。其次，商法优于民法的效力。商法与民法，虽同为私法，但商法规范并不以私法为限，还涉及大量公法规范。例如商业登记法关于商业登记之规定，公司法关于程序之规定，票据法、保险法与海商法关于刑罚之规定等等，都涉及行政法、诉讼法、刑法等相关法律规范，较之于民法规定，则显然有其优越的效力。[③] 总而言之，台湾地区的商法虽未获得形式上的完全独立地位，但作为"民法"之特别法还是具有相对的独立性。不过，商法毕竟只是"民法"的特别法，因而"民法"的一般规定，如有关行为能力、意思表示、代理、无效与撤销、期日与期间、消灭时效等规定，均能够在商事关系中得到适用。[④]

---

① 参见郑玉波：《商事法》，11～12页，台北，台湾"大中国"图书公司，1998。

② 参见张国键：《商事法论》，26～27页，台北，台湾三民书局，1980。

③ 参见张国键：《商事法论》，27页，台北，台湾三民书局，1980。

④ 参见刘清波：《商事法》，10页，台北，台湾商务印书馆，1995。

(五) 我国澳门商法独立性

澳门自古以来本是中国的领土，16世纪中叶以后被葡萄牙逐步占领。由于葡萄牙的长期统治，澳门在东西方文化的交汇中，形成了自己独特的法律制度。总体上看，澳门法律体系沿袭了葡萄牙以成文法为其主要法律渊源的大陆法系的特点。表现在民商法上，澳门也实行民商分立的立法模式。长期以来《葡萄牙民法典》与《葡萄牙商法典》延伸适用于澳门，因而此时的澳门民法与商法之间的关系与葡萄牙无异。1976年葡萄牙颁布《澳门组织章程》，使澳门获得了立法自主权。此后，澳门开始了法律本地化的进程。在20世纪90年代又开始了澳门五大法典的本地化工作。1999年民法典与商法典都在澳门回归之前实现了本地化，制定了《澳门民法典》与《澳门商法典》。

《澳门民法典》与《澳门商法典》既吸收了作为德国法系的葡萄牙法的体系与制度上的许多优点，又在此之外吸收了现代大陆法系国家的一些新的立法思想，在其制订的过程中，充分考虑了各国的学说，许多法学家也有幸成为立法委员会委员直接参与该法典的起草。可以说，《澳门商法典》随处可以见到法学家的法律思想闪烁着的光辉。[①] 此外，立法者还虑及澳门处于亚太地区，因而吸收了一些英美法系法律体系的经验[②]，在其制订过程中，曾对英美法系一些富有影响的判例予以分析移植，并对澳门本地一些判例也予以继承，使判例成为商法典的有机部分。《澳门民法典》分五卷，其体例与《葡萄牙民法典》及《德国民法典》基本一致。《澳门商法典》则极具特色，与传统商法典相比具有实质性变化。该法典结构分为三卷，分别为“经营商业企业之一般规则”、“合营企业之经营及企业经营之合作”与“企业外部活动”。显然，《澳门商法典》明确以企业为规制主体，改变了传统商法以商人为规制主体的立法模式。不仅如此，《澳门商法典》还使传统上商主体与商行为之间模糊不清的关系得以厘清。因此，可以说《澳门商法典》是一部极为成功的法典，堪称现代商法的代表。

那么，在存在这样一部成功的商法典的情况下，澳门民法与商法之

---

① 参见肖和保、陈荣鑫：《〈澳门商法典〉概述及其借鉴意义》，载《财经理论与实践》，2000（3）。

② 参见《澳门商法典》，说明，1页，北京，中国人民大学出版社，1999。

间的关系又如何呢？对此，《澳门商法典》第4条关于商法典一般规定之补充法律适用规定："本法典未规定之情况，由本法典中适用于类似情况之规定规范；如无该等规定，则由《民法典》中与商法之原则不相抵触之规定规范。"因此，澳门商法仍然肯定民法作为商法一般法的地位，具有补充适用的效力。不过，由于《澳门商法典》规定得较为完备，需要援引《澳门民法典》的情况不多，因而《澳门商法典》仍不失为一部具有极强独立性而与《澳门民法典》并行存在的基本法律。一般来说，商业企业有关内容均无须借助民法即可在商法典中获得法律依据。只是在诸如契约之一般规定、意思表示及其效力等问题上需要补充适用民法。而这与商法具有独立地位并不矛盾，毕竟民法乃一般私法，具有普遍的适用效力。

四、商法独立性的一般认识

（一）研究基点

综上所述，作为具有共同中世纪欧洲商人习惯法传统的商法，又加之其调整的是具有共同规律的市场交易关系，各国商法似乎应当理念相通、制度相近，其实则不然，各国商法基本理念与制度事实上差异极大。在商法的独立性问题上，各国理解也并不一致。不管在商法的具体范畴上理解与规定如何，在民商分立国家商法固然具有独立性，在民商合一国家商法也具有相对的独立性。同时，商法也都依赖于民法而存在，只不过其程度与范围不同而已。除此之外，在界定商法独立性时，必须明确各国商法的特定含义，将其在本国的不同发展阶段所理解的商法含义区分开来，否则只能是以讹传讹，难以得出令人信服的结论。这一点，在法国商法中表现得非常明显。因此，我们在判断商法的独立性问题时，不能仅仅站在某一个国家商法甚至单单其商法典的立场上，这样只见树木不见森林的研究方法必然难以指望得出科学的结论。实际上，尽管商法渊源甚久，但即使是在诸如法国、德国这样的大陆法系代表性的国家，商法理论与制度和民法理论与制度相比也显得极不成熟。各国商法即使是在几经修订之后仍然少有成熟者，因而根本不能妄断哪一种制度及其相应理论更加科学，而各国商法又各不相同，更加增添了

商法地位的判断难度，因为我们没有任何标准或者相对得到公认的制度与理论作为一般指导。

在当代法律中，也确实没有哪一个法律部门像商法这样，在不同国家的法律体系中的地位存在着如此巨大的差异。[①] 因此，在讨论商法的地位时，我们不能拘泥于民商合一或者民商分立的立法模式而作一般分析，而应该透过这种表面现象，考察商法究竟是否有其独立存在的依据。多年来，学者们在分析商法的地位时，往往通过对西方国家民商分立或民商合一立法例形成的时代背景、内容体系以及立法沿革予以比较分析而得出结论。无疑，这种分析是必要的，但若据此得出结论，则显得过于草率。在立法上，商法应如何安排，应当在经过深刻而缜密的理性思考后，才能得出结论，而不应站在各自学科的角度，妄下不太负责任的结论。

从理论与实践的关系来看，民商法关系的论争已远远落后于民商立法实践。在世界范围的民商立法中，民法的商事化，商法的民事化已形成一种普遍现象，这种现象使民商法的实质内容出现了水乳交融的关系，民商法的实际关系并不因为学者们的"分立"或"合一"主张而改变。另外，商事法律规范既可以在传统商法典中表现，也可以在商法典之外以单行法的形式表现，这就是说，现代商法规范的存在形式已经具有了多样性。这些情况表明，现代民商法的关系已进入一个新的阶段。[②] 因此，我们不能以传统的眼光审视现代民商法之间的关系。基于此，我们在评判商法独立性时，只有跳出这些既有的制度规范与理论认识，根据市场经济发展的一般规律与发展要求，尤其是结合我国市场经济建设实践对调整市场交易关系法律的一般要求，重新审视民法与商法间的相互关系，从而得出一个为我国民商立法与民商理论发展具有重大价值的结论。

（二）主要观点辨析

在我国，多数学者都主张，商法是民法的特别法，但同时又具有独立性[③]；另有一些学者则主张，商法在某种意义上可视为民法的特别法，

① 参见范健：《当代主要商法体系论纲》，载《法律科学》，1992（6）。

② 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996（5）。

③ 参见范健主编：《商法》，2版，20页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002；沈宗灵：《再论当代中国的法律体系》，载《法学研究》，1994（1）。

但并不具有部门法上的独立性。[①] 或认为商法还是存在的，只是不构成一个独立的法律部门，商法和民法共同构成私法，商法是私法的一个分支，可以成为亚部门、成为独立的学科。[②] 还有学者甚至主张，商法并非民法的特别法，应具有区别于民法的完全独立的地位。[③] 为了明辨这些出入较大的观点的正误，我们且依次作一简单评述。

谓商法乃民法之特别法而具独立性者，多属商法学者。这一立论源自大陆法系之民商分立国家，其立论基础本为商法乃专门适用于商人或商行为的特别法，与之相对者为作为一般私法之民法。但是，尽管商法需以民法作为其一般适用或补充适用的法律，毕竟有其独立的调整对象——商事关系，并且具有形式上与民法并列的商法典，因而具有明显的独立性。应当说，这种结论在采行民商分立的国家确实无可争议，但在本来就没有商法典的中国，这种结论还能否成立则不无争议。

承认商法可视为民法之特别法但否认其独立性者，基本上是主张民商一体化的民商合一论者。这种理解既有大陆法系之民商合一国家的制度与学理上的依据，又有我国民商立法的现实依据，应当说其论证确实“充分”、“有力”，但是很多人忽视了我国民商立法现状与传统民商合一立法模式之间实际存在的差异，更为重要的是忽视了民法与商法之间以及现代商法与传统商法之间客观存在的异质性，因而这种理解的理论基础尚有待研究。

主张商法完全独立于民法，其与民法之间并无特别法与一般法关系者，则系少数“激进派”商法学者。这种理解将民法限定为所谓“简单商品经济完善法”，只能调整市场交易关系较为简单的商品经济时代的商事关系，而现代民法则主要调整家庭关系。至于商品交易关系，这些学者认为现已发展成为以企业为主要主体的市场交易关系，只能由商法调整。并且，即使是在商法发展的历史渊源上，这些学者也主张商法从一开始就完全独立于民法而存在与发展，与民法渊源无涉。这种观点完全否认民法对于商法的一般指导性与补充适用性，并将民法排除于市场经济的调整领域，显然其理论依据并不充分。还有持该观点的学者从两

① 参见史尚宽：《民法总论》，63页，北京，中国政法大学出版社，2000。

② 参见屈茂辉：《论当代中国商法的性质、地位和体系》，载《法学家》，1998（4）。

③ 参见徐学鹿：《论我国商法的现代化》，载《山东法学》，1999（2）。

个看似很有说服力的角度作了论证。[①] 其一，该学者认为如果将商法视为民法的特别法，则在没有民法典却有商法典的美国，将无法得到解释。实际上这是一种误解，所谓商法乃民法之特别法，其立论前提本在于制定有形式商法更制定有形式民法，因而英美法系立法实不足为证，况且《美国统一商法典》原本就不是大陆法系意义上的商法典。此外，该学者还认为即便是在民商分立的大陆法系国家，所谓商法乃民法特别法，实则从广义民法即私法而言，仍然承认的是民法与商法之并列关系。由此，该学者认为，最多可以说商法是私法的特别法而不能说商法是民法的特别法。这又是一大误解。商法与民法在形式上的并列，并不影响民法对商法的一般适用与指导，正如形式上民法与婚姻法、合同法等亦属并列，但民法同样得为婚姻法与合同法的一般法。至于可以接受商法乃私法的特别法而不能接受商法乃民法的特别法的提法，则存在逻辑判断上的错误了。谓商法乃私法的特别法，则何谓私法？若认为私法乃民法与商法之总和，则商法之特别法地位又相对于何法？实际上，民法乃市民社会的一般私法早已成为法学界的共识[②]，特别法者当然是相对于一般法而言，因此承认商法乃私法之特别法，就应承认商法乃民法之特别法。其二，该学者认为从法律适用顺位的角度分析，也不能笼统地把商法看做民法特别法。其所依据的法律适用顺位，便是日本学者所主张的私法适用顺位：（1）商事自治法；（2）商事特别法、商事条约（通例）；（3）商法典；（4）商事判例法及其学说；（5）商事习惯法；（6）民法特别法；（7）民法典；（8）民事司法习惯法；（9）民事判例法及其学说。法律适用顺位固然可以成为判断相关法律地位的依据，但是，该学者所引证的私法适用顺位实际上恰恰说明了商法处于民法之特别法地位，毕竟在法律适用顺位上，特别法乃优先于一般法而得适用。综上，这种理解确实过于片面。不过，提出该论断的学者还是敏锐地察觉到了现代商法与传统商法之间客观存在的区别，清晰地认识到了商法在新时期所体现出的独立性。

概而言之，商法独立性的这三种认识之间，真正需要辨别的无非以下两个问题：其一，商法是否能够独立于民法？其二，商法是否属于民法的特别法？这两个问题又引申出两个问题，即在何种意义上理解商法

① 参见胡鸿高：《试论新时期中国商法的地位——兼论中国民法典的制定》，载《复旦民商法学评论》（第一期），7页，北京，法律出版社，2002。

② 参见刘士国：《论民法是市民社会的一般私法》，载《法学杂志》，1999（6）。

的“独立性”以及在何种意义上理解商法得以成为民法的特别法？对此，我们将在下文分别予以简单论述。

其实，不管是在实行民商分立制度的国家还是民商合一制度的国家，商法能否独立于民法而存在，并不取决于商法是否已经取得了形式意义上的独立，而在于商法是否足以具备一个独立法律部门的必要特征以及是否有必要独立存在。当然，民商分立的立法模式本身就说明了采行该模式国家的立法者承认了商法的独立性。至于在这些国家关于商法独立性的异议，并不能改变其商法客观的独立性。只不过，如上所述，这一立论是否成立本身并无多大意义而已。那么，我们究竟应当如何理解商法的独立性呢？按照一般理解，民法以民事为调整对象，商法以商事为调整对象；或者说，民法以民事关系为调整对象，商法则以商事关系为调整对象。而民事关系与商事关系的区别，依照一般认识，主要就在于无论是在主体与行为上，商事关系都具有明显的营利性，而民事关系则不以营利为目的。由此，商事关系形成了特定的商主体与商行为的概念与观念，使其与民事主体与民事法律行为区别开来。这样，商事关系适用商法，民事关系适用民法，一切都显得十分明朗，似乎不存在两者之间的界分问题。但是，这种结论并不可靠，因为其理论依据便在于在形式上已经存在了独立于民法的商法典或类似法律了。因此，这一结论只能适用于民商分立的国家，并且，只能适用于民商分立国家现有法律体系。毫无疑问，这种民商分立的立法模式本身的合理性与必要性在民商分立的国家是存在争议的，其现实存在并不能说明该种制度就是合理的。[①] 正如采行民商合一立法模式的国家，其制度现状也并不意味着这种立法模式就是合理的。事实上，要解决这一问题就根本不能回避商事关系的独立性问题。具体来说，商主体与商行为是否能够以及有必要独立于民事主体与民事法律行为？对此，当然不可能基于传统商法制度与理论来作出客观的回答。但是，寥寥数语显然不可能解决这一基本理论问题。在此我们只是提出一些结论性的观点。首先，现代商法之商主体应以商事企业为限，企业的组织规范与行为规范无疑都有异于一般自

① 对此，有人会以“存在的就是合理的”这种极富证明力的黑格尔的名言反驳，但是，如果真从哲学上讲的话，我们就会发现该命题并非真理。从辩证法上讲，还完全可以说“存在的必然是要灭亡的”，或者说“现存的一切都是值得毁灭的”。参见［德］鲁道夫·冯·耶林著，胡宝海译：《为权利而斗争》，载梁慧星主编：《民商法论丛》，第2卷、16页，北京，法律出版社，1994。

然人与民事组织；其次，现代商法之商行为虽然也属于法律行为的范畴，但毫无疑问其营利性的要求能够与民事法律行为明显区别开来。相对而言，商行为明显具有大规模、定型化、种类化和标准化的特点，往往表现为大量地、反复地、集团性地进行交易，而且形成了一个交易链条。除此之外，将商主体与商行为予以独立规制，对于规范商事经营的市场准入条件与要求，规范商事经营的特殊法律适用机制，都具有十分重要的意义。而这一切在包括民商分立国家在内的绝大多数国家，都缺乏针对市场经济发展的新形势的相应制度构建。在我国，这些弊端则表现得尤其明显。当然，商法并不排斥民法对企业法律关系的调整，只不过商法对企业法律关系的调整不同于民法分散、个别地保障私法主体的权益。因此，我国某些学者基于法国历史学家费尔南·布罗代尔的理论，即把并存于同一经济形态下的高度发达的商品经济和简单的商品经济形象地比喻成经济的“高级齿轮”和“低级齿轮”，两者具有不同的特点和运行规律，也要求适用不同的法律规则，提出民法与商法之间关系的论断，即民法适应低级齿轮运转，商法适应高级齿轮运转，两者互相分工，相互衔接[①]，其实并无道理。

关于商法作为民法的特别法的问题，历来具有不同认识。争议集中体现在商法作为民法特别法的具体理解上，即商法在何种意义上作为民法的特别法，以及商法何以不能成为民法的特别法。持上述第一种观点者认为商法之所以成为民法的特别法，其主要原因在于民法乃调整商品经济关系的一般法，商法则提供调整商品经济关系的特殊规则；或者说民法调整一般主体与一般行为，商法则调整特殊主体即商主体与特殊行为即商行为。表现在法律关系的适用上，商事关系首先适用商法，商法未能规范或未能完全规范者则以民法相应规范为补充，并且民法的一般性规定如诚实信用原则、平等原则、意思表示规则等都必然适用于商事关系。持上述第二种观点者认为商法作为民法的特别法，只是在某种意义与某种程度上可以这样认定，因为诸如公司法、票据法、保险法等商事单行法客观上确实是针对公司、票据、保险等专门法律问题作出规范，其相对于一般民法规范而言，可谓特别法。至于在这些商事单行法之上，还是否需要制定一部总则性的商法典或类似法律，持此论者一般认为无此必要，因为一般民法规范已经解决了这些问题。因此，在持上

① 参见井涛：《商法，保证市场运行的整体性和协调性之法》，载 www.corplawinfo.com，2002-08-29 。

述第二种观点的学者看来，商法当然不能取得独立法律部门的地位，而是依附于民法成为民法的重要组成部分。持上述第三种观点者则从一般法与特别法的区分入手，提出民法与商法之间实质上并非一般法与特别法的关系，因为现代商法既非纯粹意义上的商人法又非纯粹意义上的商行为法，不符合特别法的任何一种含义。显然，要解决这一问题首先必须从法哲学上对一般法与特别法重新认识。

一般认为，一般法与特别法是按照法的适用范围的不同而对法所作的分类。一般法是指针对一般人、一般事、一般时间、在全国普遍适用的法；特别法是指针对特定人、特定事或特定地区、特定时间内适用的法。[①] 我们发现，有趣的是，上述三种具有明显差异的认识似乎都是基于该标准得出的结论。持第一种观点者认为商法乃适用于特定的人即商主体与（或）特定的事即商行为，因而属于特别法。持第二种观点者认为公司法适用于公司及其法律关系，票据法适用于票据行为，保险法适用于保险公司及保险法律关系，系适用于特定人或特定事，因而属于特别法。持第三种观点者认为商法既非适用于特定人，因为除商主体外一般民事主体亦得适用商法，又非适用于特定事，因为商主体所为的一切行为均得适用商法。尽管各国商法往往采取推定的方法，即推定商主体实施的行为即为商行为，但这毕竟只是一种推定而已，商主体作为消费者或者说用户实施不具有直接营利目的而只是以一般消费为目的的行为，事实上是必然存在的。因此，无论是主体标准还是事实标准都不能贯彻到底。那么，一般法与特别法的区分究竟应当怎样认识呢？

我国法理学界普遍认为，一般法与特别法的分类只是相对而言的，具有相对性。如以针对人来讲，民法典是适用于一般人的法，其适用主体是一般主体，而与民法典相应的继承法则是适用于特定人，即继承人与被继承人或受遗赠人这种特定主体的法律；以针对事来讲，民法典适用于一般民事法律行为和事件，而收养法则针对收养这一特殊的民事法律行为和事件；以针对地区来讲，宪法、组织法、选举法等是适用于全国的法，而特别行政区基本法和法律，经济特区法规和规章则只适用于特别行政区和经济特区；以针对时间来讲，一般法如宪法、刑法、民法等在其修改和废止之前一直有效，而有些特别法如戒严令等则仅在特定

① 参见张文显主编：《法理学》，55～56 页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，1999。

的戒严时期内有效。[①] 如果严格依照这种一般法与特别法分类标准，在否认了商人属于特殊阶层之后，确实只能得出商法并非民法的特别法的结论，因为无论从哪个角度，都难以将与民法相对的商法归入特别法的范畴。然而，我们发现，这种在我国法学界几成定律的观点，其实并非放之四海而皆准的真理。据《牛津法律大辞典》解释，特别法是指“非普遍适用的法律，因此，其仅仅包括地方性法规、属人法法令或私法法令。在《共同条款法》中，那些用以后才能通过的涉及到某项具体问题且包括有关条款法的具体法规通常称为‘特别’法”[②]。这种关于特别法的解释与我国学者的理解极为相似，即同样从法律适用的主体范围与地域范围来界定特别法；但也具有明显的区别，即认为从法律性质上划分的私法法令也属于特别法。《布莱克法律辞典》对特别法（Special Law）的解释则为：“与特定的人或事有关的法律；为个案或者特定地方或地域所制定的法律；适用于特定阶层而非一般公众的法律。私法。当某部法律不同于同属一般类型的其他法律或为特定目的而制定或限定在一定范围或限定在设定的地域而适用时，该法就称为‘特别法’。”[③] 据此，《布莱克法律辞典》对特别法给出了四个义项，即“与特定的人或事有关的法律，为个案或者特定地方或地域所制定的法律，适用于特定阶层而非一般公众的法律与私法”。其含义则为“当某部法律不同于同属一般类型的其他法律或为特定目的而制定或限定在一定范围或限定在设定的地域而适用时，该法就称为‘特别法’”。显然，其与一般法的区分也不限于上述我国学者的界定。根据该辞典解释，当某部法律不同于同属共同类型的其他法律或为特定目的而制定时，该法即属于特别法。依此，即使商法并非仅仅适用于特定的人或事或特定的阶层，而只要与同属共同类型的其他法律（即民法）区分开来或为特定目的（即调整营利主体或营利行为）而制定，即可称为特别法。这样，商法之于民法而成为特别法的理论问题就解决了。不仅如此，诸如公司法、证券法等商事单行法，尽管既要调整一般公司与证券机构的对内组织法律关系

① 参见张文显主编：《法理学》，56页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，1999；翁文刚、卢东陵主编：《法理学论点要览》，58~67页，北京，法律出版社，2001。

② ［英］戴维．M．沃克主编，北京社会与科技发展研究所编译：《牛津法律大辞典》，845页，北京，光明日报出版社，1988。

③ Harold J. Berman, Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1983, P. 1253.

又要调整其对外行为关系，但相对于商法典而言，仍可称为特别法。

因此，所谓一般法与特别法，并非根据某项单一标准予以严格划分，并且其划分具有相对性。只要某一法律部门相对于另一法律部门，在主体、法律事实、目的、地域等方面未作特定限制，具有一般性即可称为一般法。① 事实上，这一点很好理解。很明显，即便是公认为一般法的民法，其适用主体也仅限于相互“平等”的民事主体，至于行政主体等则不予适用。但是，除此之外，民法的适用则无其他特别限制，对于平等主体之间发生的财产关系与人身关系均得适用。商法则仅适用于商人或商行为或所谓商事。② 因此，民法属于一般法，商法则可归入特别法范畴。这种划分表现出了明显的相对性。公司法、证券法等作为商法的特别法，也是就其商法典的相对性而言。由此可见，特别法因其调整的主体、事实、立法目的、适用地域等等原因而独立于一般法，具有独立性，但在其法律适用上，则不仅不排斥一般法的适用，相反，往往还必须以一般法为其适用的必要补充。从这个角度来说，对于同一个大的法律部门内部的相对划分来说，如果将所谓“一般法”称为“基本法”或许更能够让人理解。依此，民法就可谓私法领域的基本法，商法典则可谓商事领域的基本法，如此等等。③

---

① See Harold J. Berman, Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1983, P. 616.

② 这是依民商分立国家商法典的理解，若依我们对商事法律关系的理解，则可认为商法仅适用于企业及其活动（不仅仅包括市场交易活动）。

③ 余叔通、文嘉主编之《新汉英法学词典》（法律出版社1998年版）第383页对“基本法”词条给出的英文词汇是“Basic laws; Fundamental laws”。《布莱克法律辞典》中没有“Basic laws”词条，在第607页有“Fundamental laws”词条，其具体解释为一国或一州的宪法或组织法。See Harold J. Berman, Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition, Harvard University Press; Cambridge, Massachusetts and London, England, 1983, P. 607. 依此，Fundamental laws 的含义本为“根本法”，将其与中文之“基本法”相对应并不合适。实际上在英文中，原本没有区别于“一般法”的所谓“基本法”词汇，“基本法”含义可涵括于“一般法”中。我国学者经常将民法称为私法之基本法。如梁慧星教授即认为：“我们将整个民事生活的基本概念、基本原则、基本制度规定在民法典，把它叫做基本法。民事生活领域当中的一些特殊关系、特殊市场的特殊规则和制度，规定在各单行法，我们把它们叫做特别法。”（参见梁慧星：《当前关于民法典编纂的三条思路》，载《中外法学》，2001（1）。）该基本法含义与被译为“基本法”的Fundamental laws的含义并不相符；其实质含义应为在某一领域属于最基本、最一般规定性质的法律，实为一般法。只不过由于我国学者将一般法作相对狭隘的解释，故为明确其含义，另行使用了基本法概念。基于此，将商法称为民法的特别法，而民法作为商法的一般法或基本法就不难理解了。

根据以上分析，我们可以得出结论：由于商法具有明显的独立性，完全可以独立于民法而单独存在，属于一个完全独立的法律部门；同时，商法只是对商事关系作出规定，其具体适用还必须依赖于民法的一般规定，与民法相比较而言又属于特别法。即使基于"商法乃调整企业关系的法律"的认识，这一结论也仍然能够成立。就企业关系而言，绝非商法所能完全调整者，民法仍应成为其一般指导与必要的补充。并且，企业关系相对于一般民事法律关系而言具有特殊性，依此将商法归入特别法更是顺理成章。

（三）"民法的商事化"与"商法的民事化"对于商法独立性影响辨析

所谓"民法的商事化"与"商法的民事化"是指随着现代商品经济的发达而在民法与商法之间呈现出来的一种"互化"的趋势。具体来说，民法商事化表现在民法自身发展过程中，存在着这样一种趋势：由于社会经济的发展，交易主体的广泛化，民法对交易活动投入了更多的关注，不断将交易活动中的商事制度吸收到民法中来，使民法的交易化或商事化色彩不断强化。商法民事化表现为在商法发展过程中，存在着这样一种趋势：即随着社会经济的发展，商法的独立性不断削弱，对民法的依赖程度不断加深，并不断向民法靠拢。① 有学者认为，民法从其产生的那一天起，就带有商事化的色彩。因为民法直接产生于商品生产者的利益需求和权利主张，它的起点和终点都不是惩罚（虽然它包含着惩罚的因素），而是通过划定主体的权利及其界限，明确主体的权利能力和行为能力，规定生产和交换的一般条件以及对违约和侵权等违法行为的补救措施，保护人们的正当权益，使人们可以无顾虑地、有合理期待地、尽其所能地进行创造财富的活动。② 有人认为，在现代经济条件下，民事主体制度、物权法、债权法、侵权行为法等方面都表现出商事化的趋势。商法则在基本原则、商主体、商行为以及商事诉讼等方面都表现出民事化的趋势。③

由于民法的商事化和商法的民事化，已经使民商法的关系愈加密切，民商法的关系很难用一个标准将其划分开来。随着民事关系与商事

① 参见尹彦久：《论民法商事化与商法民事化》，载《法制与社会发展》，1996（1）。
② 参见张文显：《中国步入法治社会的必由之路》，载《中国社会科学》，1989（2）。
③ 参见尹彦久：《论民法商事化与商法民事化》，载《法制与社会发展》，1996（1）。

关系的互相渗透或交融，民法规范吸收了许多商事法律规则和惯例，并将调整范围扩充到商事领域，与此相适应，由于商人特殊地位的消失，商法日益变成适用于平等主体之间的商业交易的法律，从而使得商法规范具有民法规范的特征。一方面，在商法典缺少民法典那种一般原则和内在一致的情况下，民法典就频繁地被用之于填补商法典及其辅助性法律的漏洞，此即为商法的民事化，表明商法如今已成为民法范围内的一个特殊领域。另一方面，民法与商法之间的不同更进一步地为"民法商事化"的相反倾向所减少。之所以在当代会出现民法商事化、商法民事化的现象，最根本的原因在于商事关系与民事关系的传统界限已被打破。

随着生产社会化的发展和参与商业交易的主体的非特定性，商业交易的范围已扩展到工业、农业、不动产、有价证券、期货等领域，对这些领域进行调整的法律法规究竟属于商法还是属于民法已很难定论。[①] 这些观点，可以说是说对了一半又说错了一半。作为私法的两大支柱，民法与商法从来就是密不可分的。即使是在民商分立的国家，虽然形式上独立存在的商法典与民法典相并列，但商法始终是民法的特别法，许多基本制度还是要适用民法的规定，如法人制度、时效制度、法律行为制度等等。

尽管如此，主要针对特殊的商事基本制度作出规定的商法典，还是能够很清晰地与民法典区分开来。因此，所谓民法的商事化，其真正含义并非指民法逐渐发展出调整商事关系的规范，从而可以取代商法；真实含义应指的是：随着经济生活的发展，规范企业的商法在市民法体系中占据了主导地位，从而导致了修正民法原理的现象。[②] 至于说商人特殊地位的消失，我们已经分析过，实际上近代商法从来就没有赋予商人以所谓特权地位，从一开始就是作为主体平等的私法存在的。商主体范围的扩大并非是其走向民事化，虽然民事主体在履行相关手续后即可成为商主体，但商主体仍然不同于一般民事主体。说到商法民事化，实际上建立在这样一个认识的基础上，即商法限定在中世纪时直接媒介商品交易的活动范围内。很明显，这种观点是对商法史的误读。至于调整工业、农业、不动产、有价证券、期货等领域的法律，究竟属于商法还是

① 参见张广荣：《民商分立与民商合一的法律思考》，载《北京商学院学报》，1999 (6)。

② 参见［日］四宫和夫著，唐晖、钱梦珊译：《日本民法总则》，21 页，台北，台湾五南图书出版公司，1995。

属于民法，就正是商法典或商法通则发挥作用的时候了。如果我们确定了一个科学合理的商法领域的界区标准，这些问题就不难解决了。因此，所谓“民法的商事化，商法的民事化”的民商法现代发展趋势，其本身只不过说明了同属私法领域的这两大相近法律部门相互影响而已，而这本属法律发展的常态，因而并不能改变商法的独立性。

五、商法与相关法律部门之间的关系

法律部门的划分是大陆法系国家法典编纂和法律体系建设中的一个非常重要的理论与实践问题。商法与其他相关法律部门之间的关系在大陆法系国家一贯受到较高的理论关注。我国无论是传统法律制度还是现实法律制度，在体系上均可归入大陆法系。因此，关于商法与其他法律部门之间划分的理论研究，对于建立我国商法体系，完善我国现行法律体系，对于有机协调不同法律部门之间的关系，都具有重要意义。①

（一）商法与民法

基于前文商法独立性的考察，可以说商法与民法之间的关系可谓商法与相关法律部门之间的关系中最重要和最基本的问题，同时也是最易引起理论争议的问题。在大陆法系国家，无论奉行民商分立还是民商合一立法例，在法律部门的划分上，商法都是作为一个相对独立的法律部门而存在。但商法作为民法的特别法或民法的重要组成部分，其与民法又具有十分密切的联系。如前所述，我们认为在我国，商法与民法之间的关系应当界定为特别法与一般法的关系。毫无疑问，无论怎样理解商法的独立性问题，商法与民法同属私法领域的两大基本范畴都是无可争议的。因此，有必要对商法与民法之间的联系与区别作较为详尽的探讨。

---

① 参见范健主编：《商法》，2版，16页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

1. 商法与民法的联系[①]

在国内外法学界，商法乃民法的特别法都是一个公认的认识。基于民法乃私法范畴之“基本法”认识，可以认为，尽管商法因其具有特殊的调整对象而成为独立的法律部门，但从本质上看，商法之特殊规定或为民法之补充，或为民法之变更，其结果使商法在法律适用顺序与效力上都优于民法。这是市场经济关系决定的。毋庸置疑，民法乃调整商品经济一般关系的法律，对商品经济关系的调整提供了一般规则，但也只是提供了一般规则。对于主要表现为商事法律关系的市场经济关系中的复杂形态，则必须依赖于商法调整，由商法提供具体规则或特殊规则。商法与民法之间的联系可谓千丝万缕，但概而言之，则可以从以下几个方面把握：

（1）民法与商法同属私法范畴乃调整民商事行为的法律。它们在法律调整中形成的法律关系，人们习惯性地将其联系在一起，合称为民商事法律关系或民商事关系。只不过，民法作为私法领域之一般法或“基本法”，属于抽象化的法律表现；而商法作为私法领域就特殊的商事法律关系作出具体或特殊规定的特别法，属于具体化的法律表现，因而其行为性质存在着一定的区别。但是，广义的法律行为则必须依赖于民法与商法的共同调整。缺少了民法，商事法律行为的调整将缺少一般规则；缺少了商法，属于一般规定的民法将对特殊的或具体的商事交易中的法律行为即商行为无能为力。因此，民商事法律行为的调整需要民法与商法的密切配合。

（2）民法的主体制度是对商品经济活动主体资格的一般规定。任何个人和经济组织，不管是否从事营利性经济活动，其法律地位的最终确定都是由民法上的主体制度来完成的。商法上的主体制度即商主体制度实际上只不过是民事主体制度的具体化而已，或者乃民事主体特殊类型的特殊制度设计。具体到具体的商主体类型，如公司制度无非民法中法人制度的一种最典型形式，合伙企业制度无非民法中合伙制度的典型或高级形态而已。

（3）民法的物权制度是对从事商品经济活动的正常条件的一般规

① 应当说，“商法的独立性”问题涉及商法与民法之间的联系与区别，但其研究角度毕竟仅限于商法何以独立于民法，因此，对两者之间的关系仍有研究的必要。此外，该问题也必然牵涉到商法的立法模式问题。鉴于我们将对此进行专门研究，在此也就不予涉及了。

定，商法中的物权制度则是对商事交易中物权制度作出的补充规定，其适用必须以民法物权制度为前提。譬如，在德国法上，《德国民法典》中关于所有权的规定是商事所有权的基础，只是在一些特殊内容方面，例如商事所有权之取得，在《德国民法典》之外，《德国商法典》另有补充或修改性规定。但《德国商法典》中的这些补充或修改规定，对于商事权利交往中所有权关系的确立，有着至关重要的意义。在我国，尽管尚未确立商事物权概念及其抽象制度，但一些具体商事物权制度均须依赖于民法物权制度的一般规定始得适用。譬如，对公司的财产权的确认、行使、股票的发行与股票权利的行使、对作为商品所有权凭证的票据的保护、对财产的投保与保险金的支付、破产后财产的清算等等，都要适用民法中物权制度的一般规定。

（4）民法的债权制度是关于流通领域中的商品交换活动的一般规定，商法中的债权制度则是市场交易活动的特殊规定与补充规定，其适用必须以民法债权制度为前提。譬如，在德国法上，作为民事法律行为的特殊形态，商行为首先表现为一种特殊形式的债权行为，它的构成要件以民事法律行为之构成要件为基础。但在具体原则的适用过程中，鉴于其自身的特点，《德国商法典》又作了一些特殊规定，学理上也有一些专门的适用解释。作为特殊形式的债权法律行为，商事债权行为的特殊性主要涉及契约缔结过程中的要约与承诺、对意思表示之缄默，以及缄默之错误等内容。在我国，尽管尚未确立商行为概念及其抽象制度，但具体的商事债权制度均须依赖于民法债权制度的一般规定始得适用。譬如，票据制度不过是债权制度的特殊表现形式而已。票据权利的设定、移转、保证以及付款与承兑等，都属于债权制度的具体化。同样，商法中的保险制度也是债权制度的具体发展，保险合同是民法中典型的格式合同。保险法中的投保、承保、保险的理赔与索赔、海损的理算与补偿等等，都要适用民法中关于债的一般规定。

此外，商法的短期时效制度的规定，是民法诉讼时效制度的补充与变更，其适用必须以民法诉讼时效制度的一般规定为前提或基础。商法中的代理制度虽系特殊规定，但其适用仍须以民法代理制度的一般规定为其前提或基础。民法中的民事责任制度也可以适用于一切商事法律关系之中。有些民法基本原则如诚实信用原则、私法自治原则、公平原则等亦属商法基本原则。在诉讼制度上，现代商法中，除法国等少数国家设有专门的商事法庭之外，商事诉讼与民事诉讼基本上属于同一诉讼制度。

2. 商法与民法的区别

商法与民法之间的区别主要体现在以下若干方面：

（1）立法价值取向不同。所谓立法价值取向，主要包含两层含义：其一是指各国制定法律时希望通过立法所欲达到的社会效果；其二是指当法律所追求的多个价值目标出现矛盾时的最终价值目标选择。可见，价值取向主要涉及价值界定、价值判断和价值选择等问题。应当说，商法与民法同样作为私法，具有诸如诚实信用、公平、效益、平等等相同的基本价值取向，但是基于调整对象上的差异，两者的价值取向还是存在着较大的差异性。其最具代表性的差异便表现在，民法最基本的价值取向是公平，当公平与其他民法原则发生冲突或矛盾时民法的首要任务就是维护公平，即公平优先兼顾效益与其他；商法最基本的价值取向是效益，其基本要求是效益优先兼顾公平与其他。商法与民法价值取向上差异，既说明商法与民法具有不同的目的和追求，更说明商法与民法具有不同的作用与存在价值。

（2）调整对象不同。民法调整的是平等主体之间的财产关系与人身关系，其所关注的是民事主体之间的法律地位的平等和利益的平衡，其立足点不在于维护民事主体的营利行为或其盈利，公平是其首要原则。商法调整的则是营利性主体即商主体在市场交易过程中所发生的商事法律关系，其所关注的是商主体的营利追求，效益或营利是其首要原则。民事法律关系既包括财产关系又包括人身关系，在调整对象上具有复合性；商事法律关系尽管也有人认为包括商事财产关系与商事人身关系，但从实质上讲商事人身关系根本不同于民法之人身关系，乃依附于商主体法律人格之具有直接财产内容的广义上的财产关系，因面商事法律关系均可归入财产关系范畴，具有调整对象的单一性。

（3）主体范围不同。民事主体具有适用主体广泛性的特点，可以适用于一切社会公众；商法则具有适用主体限定性的特点，仅适用于商主体。当某一主体经过办理相关手续成为或成立商主体后，因其营利性营业行为的要求，其法律关系已不能为民法所完全调整；相反，由于商法乃基于商主体及商行为的特性而制定，因而也不能调整一般民事主体之间发生的法律关系。

（4）法律责任制度不同。民法一般实行过错责任原则；商法除过错责任原则外，还大量适用无过错责任原则，且其法律责任较为严格。如对于民事债务，一般不承担刑事责任；对于商事债务，其情节严重者还往往要承担刑事责任。

（5）性质与特征不同。民法纯属私法；商法则除具有私法属性外，还兼具公法属性。民法一般属于国内法，具有固有法属性，不具有国际性，即便是被称为“国际民法”的国际私法，从其性质上讲也根本不能划入民法范畴；商法则具有国际趋同性，并且广义的商法除国内商法之外，还有国际商法存在。

（二）商法与经济法

商法与经济法的关系是20世纪以来影响商法发展的又一理论难点。不仅在传统的社会主义国家，商法被经济法兼容和取代，即使是在现代西方国家，经济法的发展也已成为影响商法独立性的一大障碍。由于经济法本身没有形成统一的理论体系，更没有能成功地制定出法典，因此，在经济法与商法的关系上，理论上的观点亦莫衷一是。正如台湾学者张国键所言：“自经济法的出现，商事法与经济法的立法体制，便成为各国学者研讨之新课题。有以经济法为规范各种职业阶层之经济生活特别关系的总称，其中包括商事法；有以经济法为促进民商合一而代替商法的总名称；有以经济法之勃兴，是公法的商法化之结果，商事法仍应存在，各说纷纭，迄今尚无定论。”①

经济法的概念一直存在着广义和狭义的解释。在广义上，经济法被认为是调整社会全部经济关系的法律规范的总称，既调整经济组织关系，又调整经济交易关系；既调整平等主体之间的横向民事关系，又调整不平等主体之间的纵向服从性行政关系；既调整国内经济关系，也调整涉外和国际经济关系；既调整宏观经济关系，也调整微观经济关系。按照这一理论观点，商法是经济法的一个部分，为经济法所兼容。近年来，随着广义经济法理论的日益贫弱和商法独立性的不断提高，这一观点越来越多地遭到批判，已经极少有人主张了。在狭义上，经济法是以“反不正当竞争法”、“反垄断法”、“国家宏观调控法”、“国家参与法”为中心，体现国家权力对经济交易行为予以干预的法律规范的总称。按照这种观点，经济法是伴随着现代经济的发达，需要借助于国家手段对经济活动予以干预，为弥补传统商法之不足而产生的一个新的法律部门。在现代市场经济中经济法起着对传统商法补充的作用。

① 张国键：《商事法论》，30页，台北，台湾三民书局，1980。

经济法的发展与商品经济有着必然的联系。它主要是在德国等欧洲大陆法系国家首先发展起来，后来在法国、比利时、日本也得到发展。现在经济法在普通法国家与社会主义国家都普遍发展起来。尤其是在美国，法学界和经济学界对此产生兴趣而作专题研究的人日益增多。可以说，经济法的产生和发展与国家对社会经济生活的干预日益加强密不可分。在第一次世界大战时期，经济法之所以得到较大发展，正是国家对经济生活大规模干预的结果。但是，国家对经济生活的干预毕竟有一定的范围与限度，纯粹市场交易主体之间的商事交易关系仍须由商法调整，从而使经济法与商法之间产生较多的关联，需要具体分析以明确各自适用范围。

1. 商法与经济法的联系

（1）商法与经济法相互兼容。如上所述，经济法有广义和狭义之分，狭义的经济法不包括商法，广义的经济法则包含了商法的主要内容，实际上否认商法的独立性。依照广义的经济法理论，商法规范基本上可归入经济法范畴，两者之间当然存在着极为密切的联系。不过，由于广义经济法理论已经基本被否定，这种分析已无多大价值。就狭义的经济法理论而言，调整市场交易关系的商法也理所当然地需要经济法配合，缺少了经济法规范，商法规范的效力将大打折扣。譬如，市场交易过程中，固然需要商法的一般调整，但在市场竞争中如果缺少了诸如反不正当竞争法、反垄断法等调整，市场秩序势必难以维持。另外，西方国家有学者认为，经济法是更新商法的一条途径，把刑法、社会法及其他公法中与经济活动有关的规则都融合于商法中。这种观点在比利时较为流行。另一种观点是旨在保留传统商法体系的基本部分，并使之成为经济法的核心内容。这种观点得到当代大多数欧洲法学家的赞赏。① 这两种观点都主张将商法与经济法融为一体，只不过前者是以商法为主，后者是以经济法为主。但不管怎样，都认为商法与经济法具有极为密切的联系。

（2）商法与经济法的调整对象都属于经济关系。尽管严格来说，商法所调整的商事法律关系与经济法调整的在国家协调经济运行过程中发生的经济关系具有根本不同的性质，但从本质上讲两者都属于市场交易关系范畴，只不过前者主要发生于平等主体之间，而后者则主要发生于不

① 参见陈樱琴：《经济法理论与新趋势》，275页，台北，翰芦图书公司，1988。

平等主体之间。

2. 商法与经济法的区别

（1）调整对象不同。商法主要调整平等主体之间的市场交易活动，对行政机关的调整也主要局限于商事管理机关的商事管理行为。经济法则不仅调整经济活动的主体即经营主体的行为，而且调整国家及其代表机构，如权力机关和行政机关参与经济活动或运用国家权力干预经济活动的行为。

（2）调整方法不同。商法注重维持私法中传统的“意思自治原则”，经济法则信守“国家干预原则”[①]。一般来说，市场交易中商主体之间即使存在权利义务上的不平衡性，只要其出于商主体的自主意思，国家即不予干预。但是，如果市场交易主体为达到其牟取超额市场利润的目的而结成诸如价格同盟等各种同盟，尽管这一切皆出于各方自愿，由于其破坏了正常的市场秩序，国家也必须主动干预。

（3）法律属性不同。尽管商法也兼具公法属性，但从本质上讲，商法是以平等主体为本位的私法，以任意性规范为主。经济法则是以国家为本位的公法，以强制性规范为主。

（4）法律体系不同。在法律体系构成上，商法以商主体、商行为、商事登记、商业账簿、公司法、票据法、证券法、保险法、海商法等为内容；经济法则以价格、金融、税收、投资、公平交易、反垄断、贸易管制等规范为内容。

3. 市场经济条件下商法与经济法的制度安排

如果从时间顺序上看，民法、商法、经济法是相继出现的。由于对于市场交易关系仅仅通过提供商品经济关系一般规则的民法难以有效调整，因而商法应运而生已如前述。而经济法的形成，则是对商法强调商主体的营利性和商行为自由、安全、便捷的个体倾向而不可避免地走向垄断、不正当竞争、滥用权利从而造成整体不平衡的纠正。也有学者认为，由于民商事法律关系法律保护成本逐步增大，从而产生了对经济法的生成渴求。总之，对经济活动的法律调整，是由于经济活动从个体性而社会化、从私益性而公序化、从局部活跃到整体平衡的发展过程，从

① 当然，商法中也包含了政府干预的内容；但是商法规范中政府干预的目的是对市场失灵的预防，而经济法规范中政府干预的目的是对市场失灵的补救。参见周林彬：《中国商法创新的方法与途径初探：一种经济分析的思路》，载王保树主编：《商事法论集》，第7卷，17页，北京，法律出版社，2002。

而使法律调整呈现多元化并趋于完整性。因此，可以说商法是经济活动中的基础性、前置性法律，经济法是经济活动中的平衡性、后续性法律。[①]

从法律本身的制度价值来说，商法与经济法都是市场经济条件下的重要法律。商法通过对商主体与商行为的规范和保护，丰富并活跃了市场投资与市场交易活动。经济法则系国家干预经济活动的体现，其主要功能在于防范并弥补市场机制的缺陷与商法之不足，纠正完全自由竞争所产生的垄断与不正当竞争行为以及资源的非理性耗用。因此两者具有很强的互补性。对于市场经济来说，缺少商法则市场交易难以活跃，缺少经济法则市场机制不可能完善，两者可谓相辅相成，难以或缺。

我国是在商法不发达甚至可以说刚刚起步的情况下发展经济法的，由于市场交易法律制度的匮乏，因而经济法被赋予过多的职能。在经济法学初创时期，虽然经济体制改革已经开始，已经实行了有计划的商品经济体制，但计划经济体制的许多制度仍然继续发生作用，因企业活动产生的有关经济关系交错在一起，因而当时并不区分调整商事法律关系的商法与调整国家协调经济关系的经济法，而是将商法视为经济法的一部分。应当说，基于当时特定的社会经济背景，这种对经济法与商法关系的认识是可以理解的。[②] 但是，我国在实行市场经济体制之后，尤其是在加入 WTO 之后，各种与市场经济体制要求相适应的改革日益深入，即使是国有企业或国有独资或国有控股公司的经营活动，其与政府以社会公共经济管理者的名义实施的管理已经明显分离；因此，与此相适应，商法必须得到独立发展，而不能混淆于甚至依附于经济法之中。从另一个角度看，可以说商法的发展必然使经济法功能集中并相对净化，从而有利于经济法得到规范意义上的发展。

（三）商法与行政法

商法与行政法分属私法与公法两个不同的法域。行政法调整的是具有隶属关系的主体之间的行政关系，所采用的调整方法主要是公法调节机制，所关注的是行政效率的实现。商法调整的则是平等主体之间的商事关系，所采用的主要是私法调节机制，所关注的是主体营利目的的实

① 参见覃有土主编：《商法学》，65 页，北京，中国政法大学出版社，1999。
② 参见王保树主编：《经济法原理》，90 页，北京，社会科学文献出版社，1999。

现。但是商法作为私法规范与公法规范相兼容的法律规范体系，也存在着公法属性，而其公法性规范主要就是行政法律规范。因此，商法与行政法既存在着性质上的区别，又存在着规范体系上的联系。

1. 商法与行政法的区别

一般认为，行政法是调整国家行政机关实现其管理职能的权力中所发生的社会关系的法律规范的总称。[①] 它主要规定国家行政权力的组织、行政权力的活动以及行政活动后果的救济等法律问题。行政法调整的行政关系与商法调整的商事关系具有不同特性，主要表现在以下四个方面：

（1）行政关系是根据国家意志产生的，是国家权力运用的结果；商事关系则是基于商主体的自由意志产生的，是商主体自主自愿行为的结果。

（2）行政关系中的法律主体，必然有一方为国家行政管理机关或其授权组织，有时双方皆为行政管理机关；商事关系中的双方皆为地位平等的商主体，或者一方为商主体，另一方为一般民事主体，一般来说国家不会成为商主体。此外，当国家行政机关对商主体行使管理职权时，可以成为由此形成的法律关系的主体，但这种法律关系并不同于商事法律关系。

（3）行政关系具有隶属性，是一种不平权关系，其调整方法具有强制性；商事关系具有平等性，是一种平权关系，其调整方法具有任意性。

（4）行政关系中主体所获得的权力是由国家授予的，它是职权与职责的结合，其权力与特定主体密切联系，不可任意放弃，也不可随意转让；商事关系中主体的权利与主体的个人意志及利益相联系，并可由主体依照自己的意志合法处置。

2. 商法与行政法的联系

商法与行政法也具有一定的联系。在现代市场经济条件下，为了平衡社会经济运作中各方的利益和协调性地维护各方权利，保障社会经济的正常秩序，促进商事交易的发展，国家逐渐加强了其经济管理职能，对社会经济的干预不断加强。这样，国家不仅从行政的角度对商事交易实施行政管理，而且从宏观调控的角度介入商事自治领域进行行政干预。

---

① 参见张正钊、韩大元主编：《比较行政法》，58页，北京，中国人民大学出版社，1998。

此即所谓私法公法化之趋势。其结果使得商法与行政法的关系更加密切，甚至形成大量的商法规范被纳入执行商事管理职能的行政法之中，或者说商法中的公法性规范本身就具有行政法律规范的性质。譬如，商事登记与核准制度、商业账簿制度、股权转让登记制度等等均属此类。此外，诸如保险业设立之限制、专卖业之管理、家畜屠宰管理、证券、期货市场管理、医药、食品卫生管理、车辆船舶登记，以及对商主体的行政处罚及其行政复议与行政诉讼等法律规范，都是既涉及商法领域又涉及行政法领域。这些制度的目的在于保证商事秩序的建立与商事权利的实现。从这个意义上说，商事活动中的行政法调整，是行政法对商法的补充。

（四）商法与企业法

1. 企业法一般考察

企业法的概念在世界范围内仍是争论不休的。在立法体例上，世界上没有一个国家曾经制定过一部统一的名为“企业法”的法律，甚至在有的国家和地区的立法和实践中“企业法”这一术语也不存在。因此，在全球范围内，我们不可能像刑法、民法那样对企业法界定出一个一般适用的标准含义，我们所能完成的定义性研究仅仅可能适用于某一国家或某一地区，任何试图对其作扩大的、延伸的理解，都会导致学术上的荒谬。①

在现代社会，任何国家和地区都会制定关于企业的立法，但是由于社会性质、经济制度以及立法传统的影响，各国的企业立法差异较大，调整的社会关系的范围也不尽一致。在西方国家，关于企业的立法实际上都是关于商主体的立法。譬如，德国除在《德国商法典》中对公司制度作出了规定外，还另行制定了1892年《有限责任公司法》以及1937年《股份法》等企业法；日本也在《日本商法典》之外于1938年颁布了《有限公司法》，此外日本还颁布了大量关于扶持中小企业的产业政策性法律。因此，由于立法上的差异，要概括出一个具有普遍意义的企业法概念确实不可能。

我国法学界则试图将企业法作为一个法律部门来研究，因而许多人

① 参见甘培忠：《企业与公司法学》，9页，北京，北京大学出版社，2001。

都努力对企业法作出界定。大体上有以下三种代表性观点。第一种观点认为，企业法是规定企业的法律地位及调整其内外部组织关系的法。它以企业这种组织或主体为规范对象，规定及调整企业的设立、变更、终止、企业的法律地位和能力、企业的资本、出资者相互之间及其与企业的关系、企业的内部组织机构、企业与其他组织间的控制与被控制关系等。诸如我国《乡镇企业法》、《中小企业促进法》、日本的《中小企业现代化促进法》等促进某类企业发展的法律法规，属于产业政策法和竞争政策等范畴，即不属于企业法。企业法的基本特征就在于它是一种组织法，通过它规定企业的各种组织形式，供投资经营者选择采用。[①] 依此，企业法仅限于企业组织法，调整企业行为的法律规范，如民法中关于意思表示与契约的一般规定、证券法中关于证券交易的规定等，以及以企业为主要调整对象的市场管理与宏观调控法律规范等，则不属于企业法范畴。

第二种观点认为，企业法是调整企业在设立、组织、活动、终止过程中发生的社会关系的法律规范的总称。并认为企业法是由调整有关企业的特定社会关系的全部法律规范组成的，不能简单地将企业法理解为某一部企业法律、法规或其总和，应从实质意义上去理解，因为形式意义上的企业法可以说并不存在。此外，在企业法的调整对象上，该学者还提出，并非所有与企业有关的社会关系都属于企业法调整的范围，可以归入企业法调整范围的有国家对企业的经济管理关系、企业的内部组织关系、企业部分经营活动所产生的经济关系。[②] 这种观点在企业法外延的认识上显然比前一观点更为宽泛。依此，属于经济法性质的国家对企业的经济管理法律规范以及调整企业部分经营活动所产生的经济关系，即与企业的组织特点直接相关的业务活动，如股票的发行与交易、企业债券的发行与转让等法律关系的证券法、票据法等法律，亦可归入企业法范畴。实际上，这种广义的企业法的界定基本上是将企业法等同于持"纵横统一论"观点的经济法，其外延极其宽泛。这一界定与划分法律部门和分支的方法不同，它不以某种特别性质的社会关系对象为基础建立，而由企业介入社会关系的广度和深度所决定。此种意义上的企

① 参见史际春等：《企业和公司法》，10～11页，北京，中国人民大学出版社，2001。

② 参见杨紫烜主编：《经济法》，110页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，1999。此外，张士元等编著的《企业法》（3～4页，北京，法律出版社，1997）也持该观点。

业法，必然与调整各种特定法律关系的法律部门或单行法规整体地或局部地交叉或重合，因而这样的企业法从来就没有也永远不会成为一个独立的、体系完整的、内容确定的法律部门法典性文件，而最多不过是一个由若干法律规范综合而成的一个抽象的或观念化的体系而已。① 不过，与前一观点相同，该说也注意到了法律部门划分的相对性，尽管不可能否认企业法适用民法一般规定的必要性与必然性，但仍然否认了民法中的一般规定的企业法属性。

第三种观点认为，企业法是关于企业的设立、组织形式、管理与运行等方面的法律规范的总称。② 在对企业法作出一般定义的同时，该学者并未对企业法的基本特征与外延作出具体界定。不过，从其前后文来看，该学者主张将企业法基本上限定于组织法范畴。另有学者则明确提出，狭义的企业法是关于企业这一法律主体设立、变更、解散、组织机构与管理、成员权利与义务等对内对外关系的法律规范的总称。因而它是有关企业的组织法，其外延与商事组织法相同。③ 依此，该说明显然将商法性质的诸如证券法等市场交易行为法排除在企业法范畴之外。但是，被第一种观点排除在企业法范畴之外的诸如我国的《乡镇企业法》、日本的《中小企业现代化促进法》等属于产业政策法和竞争政策等范畴的促进某类企业发展的法律法规，则被该说包含在企业法范畴内。除此之外，该说还将《企业法人登记管理条例》等涉及企业登记的法律法规纳入企业法范畴。

2. 商法与企业法关系考察

综上所述，我国法学界对企业法的内涵与外延的认识均存在着较大的差异。在国外法学界，尽管极少将企业法作为一个独立的法律部门予以研究，但关于企业法内涵与外延的认识也仍然存在着较大的差异。如前文所述，关于商法含义的认识各国立法与理论上也存在着较大差异。因此，在商法与企业法的关系的认识上，观点既不统一也难以统一。基于此，对于商法与企业法关系在外国立法与理论上的差异似乎没有研究的必要。但是，商法与企业法毕竟发源于国外，对其渊源性认识的研究

① 参见赵旭东：《企业法律形态论》，北京，中国方正出版社，1996。转引自马德胜、董学立：《企业组织形式法律制度研究》，13页，北京，中国人民公安大学出版社，2001。

② 参见甘培忠：《企业法新论》，13页，北京，北京大学出版社，2000。

③ 参见马德胜、董学立：《企业组织形式法律制度研究》，14页，北京，中国人民公安大学出版社，2001。

对于我国商法与企业法的界定与定位还是具有较大的理论与实践价值。

不管各国对商主体范围作何种界定，无一例外地都承认企业的商主体属性。但是，关于企业与商主体之间的确切关系，在缺乏法律明确规定的情况下，各国学者对此理解则差异较大，商人、商主体、商事组织、企业等概念往往被交叉使用。因此，商法与企业法之间的关系问题，一直是商法学界的研究对象。基于不同认识，学者们对此形成了不同学说。譬如，维伦提出了转化论，认为商法应转化为企业法。[①] 企业概念的提出，意味着用“企业”概念来代替陈旧过时的“商人”概念，用“经济惯例”来代替“商业交易”的概念。企业属于经济组织形式，在法律上属于主体范畴，因此，这种理论实质上是用现代企业制度中的主体标准理论来确立商法理论。从其根源上看，这种理论源于德国商法法系，在德国与西班牙具有较大影响。在主体派中还有一种理论认为，确定商法的主要问题，既非商人的身份又非行为的交易性质，而是组织机构及其设立主体。因此，他们彻底否定商法理论中客观标准和主观标准的争论。[②] 很明显，这些理论都属于代替论，即以企业法代替商法，或者说将商法转变成以企业为规制中心的新型法律部门。譬如，在这些国家具有普遍性的观点认为：“商法将成为商事企业的专门法，不管这种企业是个人所有还是集团所有，商法涉及的范围是商事企业的组织结构以及与企业活动直接相关的合同关系……应当围绕企业家和他的经营实体这两个现代商法的核心概念来重建商法体系，商法将成为反映商事制度和企业的法律机制的规范，并因此而得到发展。”[③] 与代替论相对立的是海美尔的理论，他认为客观标准是正确的。[④] 依此，商法的发展应该不断扩展客观主义的范围，商法应该是调整所有商事活动的基本法，应适用于参与商事活动的一切人。因此，该理论反对用企业法代替商法，因为商法适用范围并不仅仅限于企业。另有学者提出等同论，认为商法的调整对象就是企业，商法就是调整企业内部关系及外部关系的

① 参见［日］我妻荣主编：《新编律学大辞典》，285 页，北京，中国政法大学出版社，1991。

② 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，115 页，北京，北京大学出版社，2000。

③ Denis Tallon, Civil Law and Commercial Law, International Encyclopedia of Commercial Law, 1983, p. 25.

④ 参见［日］我妻荣主编：《新编律学大辞典》，286 页，北京，中国政法大学出版社，1991。

基本法，因此商法即企业法。[①] 这种理论较之转化论更为激进，不仅承认企业是现代社会经济活动的主要组织形式，而且认为企业是经济活动的惟一组织形式，因而企业法与商法完全可以等同。还有一种分离论，认为商法与企业法调整的对象与各自的宗旨均不相同。尤其是公司法与商法更不属于同一范畴，更不能融为一体。依此商法中不应包括公司法。这一理论以美国为代表。譬如，在《美国统一商法典》中，并未将有关公司法律规范包含于其中，而是另行制定了《美国商事示范公司法》。在法国商法学界，有一种很有影响同时也很有争议的立法、法学与理论流派即企业论。[②] 该说将企业的概念作为其分析的基础，认为商法与民法共同构成了企业法的基本法。由此可见，该说承认企业法与商法之间存在着密切的联系，但不认为企业法包含于商法或等同于商法，而认为企业法包含商法，系商法的上位概念。关于西方国家企业法与商法之间的关系，我国有学者认为，从西方法律历史看，企业法实际上是商法，是商法在现代的别称，是以传统的商法为其历史渊源的。但是，它又不同于传统商法，它超越了个人主义和商业自由的界线，吸收了劳动法和公法的调整手段和原则，补充变更了民法的一些规定，确立了关于企业的特殊制度，成为调整企业关系的特别法。[③] 显然，该说受到了大陆法系国家某些现代商法学说的影响，将企业法视为商法的上位概念，从而商法被企业法所包容，成为企业法的特别法。还有学者提出，就我国法律体系而言，可以认为："一般意义上讲，商事法就是关于商事主体和商事交易的法律规范的总称。商事主体，指所有从事商品生产和经营的个体和企业。商事主体对外的营利性经营行为即为商事交易。由于在现实经济生活中，企业是商事主体的主要部分，商事交易也主要就是企业的经营行为。因此，商事法主要就是由企业组织法和企业行为法构成。"[④] 这一观点则将商法与企业法基本等同，但认为商法除调整企业组织与行为外，还调整个人实施的商行为，因此，其结论便是商法与企业法外延大体相当，但商法可以包含企业法，而企业法则是商法的核心与主体组成部分。

---

① 参见［日］金泽良雄著，满达人译：《经济法概论》，65页，兰州，甘肃人民出版社，1985。

② 参见［法］克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，43页，北京，商务印书馆，1998。

③ 参见郑立、王益英主编：《企业法通论》，40页，北京，中国人民大学出版社，1993。

④ 左海聪：《商事法的几个基本理论问题》，载《法学评论》，1996（3）。

应当说，上述观点基于其各自特定的立法与理论背景，均有其合理性，实难予以绝对化的评判。但是，就我国而言，商法与企业法之间的关系不取决于这些理论，而取决于我国市场经济法制建设实践。我们认为，一般来说商主体均可归入企业范畴，商法实乃以调整企业组织及其对内对外关系为其主要目的的法律。在立法上，各国均不将抽象意义上的企业单独立法，但企业的各种组织形态则均有包含于商法典或单行法形式的立法。在我国，尽管已制定了全民所有制、集体所有制、中外合资、中外合作、外商独资等不同所有制形式的以“企业法”命名的企业法，并在理论上将其与公司法、合伙企业法与个人独资企业法合称为“企业法”，但是这些法律并不是企业法的全部，而只是企业组织法。除此之外，企业行为则要受到诸如证券法、保险法、票据法、海商法以及民法一般规定的调整。但是，很明显，这些调整企业行为的法律规范，同时还调整一般民事主体，并非纯粹意义上的企业行为法。然而从性质上讲，除民法一般规定外，这些法律均可归入商法范畴。因此，从这个意义上说，商法与企业法之间存在着交叉关系。具体来说，商法主要调整企业关系但又不限于企业关系，一般民事主体及特殊类型的拟制商主体的行为亦属商法的调整对象；企业法也是主要由商法规定但又不限于商法规定，同时还包括民法一般规范以及竞争法等经济法中相关规范。不过，需要说明的是，这一结论是建立在最广义的企业法基础上的。也就是说，作为其理论基础的企业法，指的是调整企业对内对外法律关系的法律规范的总称，其范围涉及商法、经济法、民法等多个领域。

我们认为，如果单纯从理论上讲，上述关于商法与企业法关系的界定还是较为合理的，但是这一界定方法势必会与我国法学界几乎约定俗成的关于企业法的界定发生冲突，并在实践上容易引起企业法认识上的混乱。并且，我国学者对企业法的界定基本上还是较为合理的，毕竟这种界定既与我国的企业立法实践相符合，也基本上与我国法律部门划分的传统方法相符合。不过，如果从这个角度来理解的话，我们认为应该将企业法的内涵进一步明确并将其外延限定在企业组织法的范围内。依此，企业法实际上就是商主体法或者说企业法被涵括于商主体法之中。这样，商法与企业法之间的关系就变得非常清晰了，即企业法作为商主体法，乃商法的重要组成部分。

（五）商法与劳动法

我国学者一般认为，劳动法是指调控劳动关系以及与劳动关系密切

联系的一些关系的法律规范的总称。广义上的劳动关系是指人们在劳动领域形成的关系。劳动法中的劳动关系则指的是狭义的劳动关系，即劳动者与用人单位之间所形成的权利义务关系。① 我国台湾地区学者则认为，劳动法乃关于劳动者的保护及其工潮的防范等各种立法之统称。② 与商法相比，劳动法的历史非常短暂。在人类社会早期直至中世纪的商人法时代与资本主义初期，有关劳动方面的关系如同普通私法关系一样，均以私法自治或契约自由为其运作准则，将劳动者与资本家（企业主）之间的关系视为以契约原则建立起来的雇佣关系，并未考虑基于劳动者的弱势地位而形成的劳动关系的实质不平等的特殊性。因此，此时劳动者与资本家（企业主）之间的雇佣关系或由民法调整或由商法调整，并不存在保护劳动者的劳动法。但是，伴随着产业革命的发生与发展而出现的一系列新问题，使得劳动关系单纯适用以契约自由为基本原则的私法受到了极大的挑战。具体来说，大工业生产方式的发展使得大企业主与雇工之间的不平等性进一步加剧；劳动生产率的发展增大了劳动过程中的危险，使得劳工的人身安全与其他合法权益单纯依靠契约自由原则难以获得有效保障。此外，随着劳工队伍的壮大，逐渐形成了具备与企业主相斗争的必要力量的工会组织，从而客观上给企业主形成了较大的压力。基于此，面对日益尖锐的劳资冲突，资产阶级为了缓和矛盾，被迫接受劳动者的一些合理要求，制定了调整企业劳动关系的劳动法。这样，以1802年英国《徒工健康和道德法》为开先河者的劳动法逐渐形成并发展成与民商法相独立的法律部门。

由于劳动法乃以劳动关系即劳动者与用人单位之间所形成的权利义务关系为调整对象，而用人单位一般都是企业，因此，劳动法与商法之间必然存在着极为密切的联系。譬如，由于经理人具有代表或代理商事企业的权利或地位，属于特定营业之签名人，故经理人之委任、经理人之职权范围以及因经理人的职权行为而产生的法律关系，概由商法调整。但是，商事企业与其经理人之间关系实质上仍然系“聘任”关系，因此经理人的个人劳作权益保障问题，又有必要作为劳动法的规范对象。经理人之外的“商业使用人”在执行其职责时代理或代表商事企业而对外发生的法律关系显然属于商事法律关系而应由商法调整。但是商

① 参见杨汉平：《中国劳动法理论与实务研究》，4～6页，北京，中国工人出版社，1997。

② 参见张国键：《商事法论》，31页，台北，台湾三民书局，1980。

事企业与经理人之外的“商业使用人”之间的关系更多地还是属于劳动雇佣关系，自然应当成为劳动法调整的对象。由此可见，商事组织法与商事行为法都可能与劳动法共同调整某些企业关系。

不过，既然劳动法能够从民法与商法中独立出来而独立发展，说明商法与劳动法之间还是具有实质性的区别的。其主要原因便在于商事关系与劳动关系的质的差异性。商法与劳动法之间的差异，首先表现为两者规定的范围不同，前者主要规定企业外部关系，后者主要规定企业内部关系；其次，前者在企业维持上乃注意维护企业本身之合法利益，后者在社会政策上则注意维护企业职工及作为企业管理者的高级职员之合法利益。①

① 参见张国键：《商事法论》，32页，台北，台湾三民书局，1980。

第三章

中国商法的时代价值

中国的商法诞生，对中国经济乃至政治体制和民族精神都带来怦然撞击。商法是一项现实制度，更闪耀着一种时代精神，她正在推动着中国社会的变革，这一制度的完善必然会对中国的未来产生划时代的影响。

一、中国商法产生的背景与立法状况

在中国传统法律中，商法是一个颇为陌生的概念。中国古代社会奉行重农抑商的治国方略，商品经济极不发达，调整这一经济关系的商法亦难以发达。当时，虽然在一些律令中出现过调整买卖、钱庄、银票、作坊等交易活动和交易组织的规定，但这些规定很大程度上局限于行政法和刑法的范畴。

尤其中国古代社会长期恪守诸法合体的立法格局，各个部门法完全被纳入一个法典之中，因而始终未能出现过独立的商法部门或集中的商法制度。由此，现代意义上的商法在中国古代社会始终未能出现，这与中国封建社会的历史沿革完全吻合。

虽然中国封建社会未能出现现代意义上的商法，但是借助于国家权力调整商业活动的商业行政法却不时出现。

有学者认为，历朝凡欲推行改革，必然会强化商业立法。如秦王朝时期，商鞅为推行改革，制定并颁布了“关市律”、“仓律”、“徭律”、“金布律”、“均工律”等律令，对市场交易、市场管理、市场物价、货币、布匹等在市场上流通的比价、对货物记账方法、记账标准等作了专

门规定。宋朝王安石改革，同样以颁布均输、市场、青苗等商业律令作为重要的措施。[①]

近现代意义上的商法在我国始于清朝末期。清光绪皇帝在推行新政时，把制定商法典看成是振兴工商业的治国大策之一。1903年派戴振、伍廷芳等人起草商法，于1904年公布了《公司律》、《商人通律》，1906年公布了《破产律》，与此同时还起草了《公司注册试办章程》、《商标注册暂行办法》等。这些后来制定的商事法律、法规未及颁行，清王朝便覆灭了。

辛亥革命以后，新建立的民国政府同样把制定商事法律视为经济强国方略，在大清商事法律的基础之上，重新制定并颁布了一批商事法律，主要有：《中华民国商律》、《公司条例》、《商人通例》等。国民政府迁都南京后，采用民商合一的立法体例，在1929年制定的民法典中规定了商法的基本内容。原有商法中有关总则、商人、经理人、代办商、商行为、交互计算、行纪、仓库、运输等规则均并入民法债篇。在民法之外另制定有一批商事单行法规，主要有《公司法》、《票据法》、《保险法》、《海商法》、《船舶法》、《商业登记法》、《船舶登记法》、《商业会计法》、《银行法》、《证券交易法》、《动产担保交易法》等。[②]

新中国成立后，在很长一段时期内，由于实行计划经济，国家的立法重点在于强化国家调控经济活动的能力和国家干预经济行为的行政手段，因此，商法极不发达。即便如此，在不同的历史时期，对商法的重视程度并不一样。当国家比较多地强调经济建设时，商法时而也受到一定程度的重视，不过，当时总是将民商法合而为一予以考虑。如1954年至1957年，我国尝试起草民法典，当时的立法草案中包含了一部分商法的内容。如草案中关于信托、委任、买卖、运送、承揽运送、结算、保险、承揽、保管、联营或合伙等都是关于调整商行为的规定。当时虽然在民商合一这一立法体制上仿效了苏联的模式，但关于调整商事交易行为的具体规定则主要吸收了德国商法的精神。1962年至1964年我国第二次起草民法，这部草案在体例上同样采用民商合一，草案中同样包含了大量的商事交易规定[③]，只是内容上更具有计划经济的色彩。上述两部草案虽未颁布，但它在一定程度上反映了当时立法者的态度和思想理论界对民商法的观点。1983年至1986年制定的《民法通则》

① 参见徐学鹿：《商法》，21页，北京，北京农业大学出版社，1991。

② 参见范健主编：《商法》，20页，北京，高等教育出版社，2000。

③ 参见余能斌等：《世纪之交看中国民商法的发展》，载《法律评论》，1998（5）。

不是一部纯民法的规范文件，它的许多内容涉及商法规定，尤其是商主体和商行为的一般原则，在《民法通则》中都不同程度地予以涉及。上述草案和法律中虽然涉及商法，但真正意义上的商法于20世纪90年代之前在我国还没有真正出现。当时，我国除颁布了《海商法》等少数商事法律外，其他商事立法几乎是空白。

中国商法的不发达，有诸多历史原因：其一，中国历史上诸法合体，民商不分。虽然存在着调整商业行为的法律规范，但这些都直接包含在民法之中，民法本身没有能独立出来，商法的地位自然难以确立。其二，虽然清朝末年出现过民商分立的局面，但由于这一历史时期极为短暂，商法并未能真正制定出来或真正实施，因而始终没有形成商法传统。与此相反，民国时期，国民党政府制定六法全书时竭力奉行民商合一，从而形成了中国近代民商合一的传统格局。其三，新中国成立初期，我们的法律主要是学习苏联。而苏联在十月革命后，民法有了一定的发展，商法始终未能真正发展起来。因此，在学习苏联的过程中，我们对商法的概念还是颇为陌生的。其四，更重要的原因是，新中国成立后很长一段时期内，我们奉行计划经济体制，商品交易极不发达，中国缺少商法存在和发展的客观需求和条件，这是新中国成立后商法不发达最根本的原因。其五，在商事立法方面，很长一段时期内，商事方面的法律法令多包含在一般行政法规之中，我们在行政管理和行政法制上，用计划经济时代特殊商业行为法取代了体现市场经济精神的商法。其六，新中国成立后很长时期以来，我们一直从马克思主义的理论中寻找法律部门划分的理论依据，由于马克思主义对资本主义的民法给予了一定的关注，而没有顾及资本主义的商法，因而对商法的论述极少，这也成为我国商法理论自始贫弱的一个重要原因。

1992年，中国提出了建立社会主义市场经济体制的规划，伴随着这一顺应时代潮流的新经济体制的建立，一系列与传统的计划经济体制完全不同的商事主体和商事行为在中国出现，如有限责任公司、股份有限公司、合伙企业、股份合作企业、个人独资企业等新型企业形式取代了传统的国有企业、集体企业等企业形式；现代商业票据流转取代了传统的计划经济时代的企业财务转账形式；现代商业保险制度取代了计划经济时代的企业福利制度；计划经济时代未曾出现过的股票、证券、信托基金、投资基金等应运而生，所有这些都推动着人们重新认识市场经济体制下商法的价值与作用。正是基于建立中国市场经济秩序的需要，学者开始重视对商法的研究。一批研究外国商法的著作相继问世，一批

外国商事法律法规也相继被译成中文。在此基础之上，中国开始了较大规模的商事立法活动。《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《商业银行法》，以及一大批与这些法律相配套的法规、规章，如调整期货交易、企业债券、公司债券、证券投资基金等商行为的法律法规纷纷出台。除此之外，在深圳特区，深圳市人大常委会还制定了具有商法通则性质的《商事条例》。由此商法作为一个独立法律部门在中国已经形成。

二、中国商法与中国经济体制改革

中国商法制度的建立将从制度上保障中国的市场经济体制的完整性和稳定性。从新中国建立之始我们就高度重视经济体制和经济政策的改革和创新，尤其 20 世纪 70 年代末期提出改革开放之后，这种改革的步伐迈得更快和更大。但是，在过去很长一段时期内，我们在经济体制上的改革大多处在临时性、阶段性和不稳定性状态，我们较多地以经济改革的政策性规定取代法律性规定；以临时性措施取代长久性制度建设。改革措施的临时性和易变性导致了经济体制本身的不稳定性。1992 年，邓小平同志提出在中国建立社会主义市场经济体制，这使中国的社会经济体制发生了历史性的转折点。但是，市场经济不仅仅是一个经济活动的方式，更是一个社会性的经济运作规则体系，是建立在相应法律基础之上的社会经济制度。邓小平同志提出的伟大构想能否在中国成为永久的现实，中国是否能真正步人市场经济时代，很大程度上取决于中国的市场经济能否在制度上得以落实，而商法则是社会主义市场经济体制赖以依存的法律制度基础。从这个意义上说，没有商法就没有中国的市场经济体制，就没有中国的市场经济秩序，也就没有稳定的市场经济制度。[①]

首先，商法是市场经济原则的制度落实，它奠定了当代中国市场经济秩序的基本制度。市场经济最重要的标志，也是其最根本的原则是经济活动的自由和秩序。德国著名经济学家 L. 艾哈德在创建德国社会市场经济体制时曾断言：市场经济必须建立在自由和秩序基础之上，自由

① 参见范健：《中国商法的发展与法律继受》，载《中德法律继受与法典编纂》文集，北京，法律出版社，2000。

和秩序是一个不可分割的整体。[①] 中国经济体制改革之初，我们就将这句名言引进，当时，有远见的经济学家和政治家们都有所预见：一个社会的经济活动，如果只有自由，没有秩序，必然会处在极端的无政府状态，我国20世纪80年代中后期出现的经济活动无序，市场秩序混乱，最后导致政治风波，与市场活动中无序的自由不无关系；相反如果只有秩序、没有自由，必然又回归到计划经济时代，这是很多人不愿意看到的结果。如何将自由和秩序有机结合，并将这一原则真正落实到市场经济活动之中？商法作为一个以私法为主导，兼公法色彩的法律部门，既奉行意思自治原则，强调主体交易自愿、行为自由，又严守法律规则至上，保障主体法定、行为规范。由于商法是市场经济最基本的法律，同时商法较好地将市场经济的基本原则——自由和秩序较好地结合，因此，它创造了市场经济根本原则的制度基础。

其次，中国商法创设了现代商人制度，彻底改变了长期以来中国经济活动中市场主体缺位的状况。新中国成立后四十余年时间内，我们在经济领域中奉行计划经济或计划经济为主导的体制，计划经济与市场经济是两种完全不同的运行方式。计划经济体制集中决策，通过计划来配置资源，要求企业按照计划统一行动，最后由国家承担经济后果。在经济领域中奉行国有经济为主，集体经济为辅的所有权制度，在这种制度下，企业财产权不独立，企业是国家和集体的附属，企业在市场交易中的活动并非企业自身的活动，而仅是国家或集体经济行为的一个步骤和环节。在这种制度下，交易主体没有独立人格，交易行为中没有真正的竞争者，进而也就没有真正的市场。与计划经济体制相反，市场经济体制分散决策，以价格为导向，以市场配置资源，企业视市场的需要，自主经营并独立承担经营的后果和风险。在市场经济体制下，企业是经济运行的主体。要实现计划经济体制向市场经济体制过渡，就要实行经济运行主体的转移，即由国家是经济运行的主体，转而使企业成为经济运行的主体。这一变革是非常深刻的，中心的环节是企业改革和现代商主体制度的建立。企业能不能成为经济运行的主体，中国能否建立现代商人制度，这决定了市场经济体制能不能形成。如果企业不能独立自主地进入市场，市场经济就没有独立活动的主体，市场机制就无法形成，市场经济也就无从谈起。[②]

① 参见刘兆兴：《论德国社会市场经济法律体系》，载《外国法译评》，1994（3）。

② 参见范健：《公司法与二十一世纪中国经济体制之走向》，载《如何开创中国人的二十一世纪》文集，台湾大学法学院，1998。

20 世纪 90 年代初，当中国决定确立市场经济体制时，市场主体缺位则是导致这一新体制难以建立的最大障碍。1993 年，全国人大颁布了《公司法》，虽然当时以建立现代企业制度为理论模式，引入了法人财产权的新理念，但这是一项对中国经济体制改革具有里程碑意义的制度创新，它创造了公司这样一种具有独立人格的经济组织，第一次以法律的形式真正确立了商主体在市场体制中的独立地位。继《公司法》之后，我国又先后颁布了《合伙企业法》、《个人独资企业法》。在一些地区，地方权力和行政机构还颁布了股份合作企业条例，这些法律法规所创设的商主体，构成了当代中国商人体系，为中国市场经济体制的建立奠定了权利主体的制度基础。

再次，中国商法创设了现代商行为制度，正在积极改变多年形成的市场经济行为失范的局面。市场经济体制的确立使市场交易行为变得丰富多彩。传统计划经济时代单一的产品和商品流通方式被形式多样的商行为所取代。由于很长时期以来，我们对现代商行为的方式特点、法律关系和法律责任都极为陌生，因而在市场经济体制创建之初，出现了颇为严重的商行为失范，导致了一定程度的经济秩序混乱，如近年来所出现的证券、金融、期货交易领域的行为失范，公司投资、兼并、破产、转让中的行为失范，商事代理、信托、风险投资基金、保险基金等托管中的行为失范，商事会计中的行为失范，尤其是上市公司制作虚假财会报告等等，这些都相当严重地妨碍了市场经济体制的建立和经济体制改革的深入发展。近年来，伴随着一大批调整上述商行为的法律，如《商业银行法》、《票据法》、《证券法》、《信托法》、《保险法》、《会计法》、《期货交易管理暂行条例》等的颁布施行，我们开始创建了市场经济条件下的商行为规范体系，并建立起了一整套规范制度。这些法律法规的颁布，奠定了中国市场经济秩序的行为规范基础。

中国经历了十余年建设有中国特色的社会主义实践之后，人们终于发现市场经济一直就是中国社会主义体制改革进程中的改革取向。而现代商主体与现代商行为的形成与发展，使市场经济取代了商品经济。这是因为生产社会化与人类文明进步，从客观上推动着商品经济向市场经济发展，而资本市场、金融市场取代了商品市场在市场调节中的主导地位，标志着市场经济的形成。从企业经营体制的角度分析，这一取代过程是从单个业主制向合伙制进而发展为现代公司制的企业经营机制的转变过程。从产品交易行为角度分析，这一取代过程是从产品交易行为向资本交易行为再向技术交易行为的转变过程。商事行为包容了现代市场

经济运行机制的一切主要特征，而商法实现着调整市场经济活动所形成的各种关系的最基本的功能，所以说，没有商法就没有市场经济正常有序的运行秩序，也就没有市场经济。

三、中国商法与中国政治体制改革

中国商法制度的建立将推动中国政治体制改革与发展。在推行市场经济体制之前，国家对经济运行奉行计划调节，实行高度垄断，这种经济结构的结果直接导致了政治权力和行政权力的高度集中，现代社会所需要的民主制度难以真正落实。与其相反，商法制度的建立从根本上确立了社会经济主体高度的自主权，保障了其经济权利的独立性，它在很大程度上强化了现代社会中公民和经济组织的权利意识，限制了行政权力在经济生活中的随意性和任意性，实现了社会经济活动的民主化，为全社会政治民主化的健康发展奠定了坚实的制度基础。①

首先从历史的角度考察，现代商法在推进现代社会民主与法制进步中的作用显而易见，早在中世纪后期，为了反对封建特权阶层独霸社会政治舞台，为了用新型的资本主义社会关系取代保守、封建的社会关系，无论是早期的英国，还是后来的法国和德国，除了通过颁布宪法和行政法确立民主与法制的政治体制外，都高度重视商事法律的制定，通过颁行商法、确立商人阶层合法社会地位，形成社会政治经济主体多元化格局；通过颁行商法，在经济领域中严格推行行为自由、平等、公平原则，构造政治体制赖以建立的经济民主之基础。在过去二百多年的历史中，西方社会现代政治体制的建立，民主与法制的进步都与经济领域中推行商法制度，强化现代商法精神有着密不可分的联系。

其次，中国商法将有力促进中国经济生活中的自由与民主的发展，进而推进中国政治民主化的进程。在传统计划经济体制下，我们所颁布的各项法律和规章，都竭力维护着经济领域中的高度集权。以法律和政策所表现出来的经济主体的单一化，经济活动的不民主、不自由直接导致了政府管理的高度集中和国家权力的垄断。改革开放二十年来，我们

① 参见范健：《中国商法的发展与法律继受》，载《中德法律继受与法典编纂》文集，北京，法律出版社，2000。

在经济改革的同时，也积极推进着政治体制改革。正如经济基础决定上层建筑一样，政治民主建设很大程度上依赖于经济民主的进程。从20世纪70年代末至90年代初，虽然我们在改革开放之后一直强调商品经济活动中自由、平等、公平原则，但是，在商法制度建立之前，自由、平等、公平原则始终没有能够真正贯彻，因为，没有主体在法律上真正的公平地位，没有保护公平交易行为的秩序，没有落实公平原则的商事制度，经济生活中的民主和自由是不可能建立的。正因为如此，改革开放后相当一段时期内，我们经济体制改革之步伐远远大于政治体制改革步伐，政治体制改革滞后于社会发展需求的现象已十分明显。中国商法制度的建立有力地冲击了这一格局。其一，商主体的独立性改变了过去经济主体完全附属于政府的状况，为社会民主建设创设了多元的权利主体；其二，现代商法人制度，尤其现代企业制度所形成的治理结构，创造了经济管理中的民主化模式，它作为现代社会基本的经济组织体，为政治民主化这一制度建设提供了范例和行为习惯。

再次，中国商法制度的建立将有力地推动中国行政体制改革，进一步促进中国政府体制和政治体制改革。在商法制度创立之前，由于商主体不独立，商行为缺乏法律规范，因而政府成为经济活动最主要的参与者，政府不仅是经济政策的制定者，更是经济政策的推行者，成为经济活动的主要角色。中国商法制度的建立逐步改变了这一格局。商法所确立和保障的商主体和商行为的独立性有力地推动了政府职能转变，促进了政府机构的改革，它使一大批原先附属于政府的经济组织转变成为法律上独立的商主体，使原先一大批管理经济组织的行政机构转变成为法律上独立的社会中介机构或行业组织；使一大批原先依靠政府和政策来调整的经济活动成为法律上独立的商行为。正是由于商法制度的建立创造了经济活动市场化的条件，减少政府参与，实现政府职能转变，从而实现了政府体制朝着小政府大社会的方向转变。

又次，中国商法制度的建立将构建不同政治制度下中国法律协调与统一的基础。它将在逐步消除区域差异，促进中国社会的长久稳定中发挥重要作用。在香港、澳门回归祖国后，在“一国两制”这样一种政治体制之下，中国将出现一个国家之内多种法系并存的格局。无论从现实经济交往的需要，还是从未来国家的统一与发展着眼，法律的协调，并尽最大可能减少法律的冲突已经是一项十分迫切的任务。而在现阶段，最可行的是商法的协调。商法在推动国家统一和经济一体化方面的巨大功效，无论是从德国商法典，还是从美国商法典的施行中我们都可以观

察到。因此，完善中国的商法对于未来中国社会的统一与发展具有不可忽略的价值。[①]

四、中国商法与当代中国思想观念变革

中国商法制度的建立将推动当代中国思想文化观念的变革。在市场经济体制创建之前，我们的理论观点及其所形成的思想文化意识都是建立在计划经济或以计划经济为主导的商品经济基础之上的；人们的权利观念、法制观念颇为淡薄，价值取向单一。市场经济体制的确立，对人们传统思想文化观念产生了猛烈冲击，她促进了人们的思想革命。然而在商法制度确立之前，在商法的精神被人们普遍接受之前，这种思想变革存在一定的盲目性。商法将一系列崭新的制度展示在人们面前，落实到现实经济生活之中，将一整套新原则、新观念、新价值标准以法律形式表现出来，她正悄然推动着当代中国思想文化的变革。

首先，商法制度的建立推动了人们法制观念的转变。多年来，由于我国商法制度极不发达，进而导致整个私法制度的贫弱，私法中的不平权观念始终在人们的法制观念中占主导地位；同时，也由于我们在法的理论研究中的偏颇，思想理论界一直强调法是统治者实施统治的工具，较多强调体现在法律之中的国家意志性，较多关注法律表现形式中的强制性规范及其作用，因此，对于社会大众而言，更多的是义务性主体，权利观念极其淡薄。正由于此，我国封建社会几千年遗留下来的权大于法、言重于法的恶习至今仍有较广泛的社会基础。商法制度的建立开始转变了人们的法律观念，她不仅确立了主体的平等地位，并以此逐渐消除特权观念，她更强调权利自决、意思自治，强调合意的约束力及其在法律上的效力。由此，商法制度的建立有助于推崇权利观念，有助于推动以权利为核心的新法制观念的建立。

其次，商法制度的建立促进了人们价值观念的转变。在过去很多年中，由于商法制度不发达，经济活动中交易主体的地位在法律上不独立，财产不能真正被广大民众所拥有，因此，社会价值观念集中于权力

① 参见范健：《中国商法的发展与法律继受》，载《中德法律继受与法典编纂》文集，北京，法律出版社，2000。

的配置与占有，价值标准相对单一。与此同时，由于几千年来重农抑商观念的影响，轻视商事交易行为、轻视商人、蔑视营利活动的观念一直有广泛的市场，有才华的人多集中于官场，而不愿分散于商场，这种观念相当程度地妨碍了中国市场经济的建设与繁荣。商法制度的建立使社会个体的财产权利真正获得法律保障，商人的地位在法律上独立起来，社会开始形成尊重商主体和商行为的风尚，这种风尚的形成有助于推动整个社会对权力、对财产、对个人职业等一系列价值观点的转变。

再次，商法制度的建立有助于推动全社会信用观念的形成。现代商业社会是一种高度发达的信用社会。信用是商事交易的基础，更是社会经济繁荣发展的必要条件。如果缺乏信用，不仅会影响商事交易活动本身，更会影响社会消费，最终会妨碍社会交易总量，制约经济的繁荣。过去很多年，我们奉行计划经济体制，信用的作用难显价值，进入市场经济之后，信用缺乏对市场经济体制建立所产生的负面作用日益明显。信用本身是伦理道德的一个组成部分，但是，仅仅依靠道德教育是难以建立现代商业社会的信用理念的。信用更是一种须严格遵守的制度，现代商业社会的信用更多是借助于法律制度予以建立和完善的，商法是创造信用的法律，更是保障信用的法律，商法的原则体现了现代社会的诚信精神，各项商法制度都严格保护商业信用，因此，可以说商法就是现代信用社会的法律。商法制度的建立与完善必将促进整个社会良好信用制度的形成。

此外，中国商法制度的建立对于中国长久的开放和中国走向世界将产生深远影响。过去很多年，中国的经济游离于世界经济格局之外，改革开放以来，中国加大了走向世界的步伐，伴随着中国产品走向世界市场和中国的市场向世界开放，尤其伴随着加入世界贸易组织，我国经济已经开始融入世界经济的洪流之中，但是我们在经济制度上，尤其是在经济法制方面还有很大差距。顺应当代市场经济发展的大趋势和国际经济一体化的潮流，加快中国商法的发展，有助于我们在经济制度，尤其是经济法制方面，与当今世界的发展趋势更加吻合，从这个意义上说，商法必能起到中国法制与国际法律接轨的先锋作用。[①]

① 参见范健：《中国商法的发展与法律继受》，载《中德法律继受与法典编纂》文集，北京，法律出版社，2000。

中 篇

商法源流论

21世纪法学研究生参考书系列

- 第四章　商法探源
- 第五章　20世纪世界商法之进展
- 第六章　当代主要商法体系
- 第七章　德国商法与德国商法典

第四章

商法探源

一、古代商法的源流考察

拉丁语中有一句格言："哪里有贸易，哪里就有法律"（ubi commercium ibi ius）[①]。如果把简单商品的买卖活动看成是贸易的初级形态，古罗马人的这一经验之词则一点也不过实。无论商品经济在该社会的发达程度怎样，无论统治者对待贸易活动的观念怎样，只要有经济活动就有贸易，只要有贸易就有统治者为调整贸易活动所采用的法律措施，这一事实，我们从任何一个古老的法典中都可以窥见到：

《汉穆拉比法典》第十条写道："倘买者不能领到出售与彼之卖者及买时作证之证人，而仅失物之主提出知其失物之证人，则买者为窃贼，应处死，失物之主应收回其所失之物。"[②]

《摩奴法典》指出，"在市场上当大多数人之面买到任何财产，即使卖者并非物主，但买者因已付该财产的代价，理应取得其所有权"（第8卷第201条），"不可将搀有其他物品的任何商品充作纯粹商品，将质量坏的商品充作质量好的商品出卖，或者，出卖小于议定分量的商品，

---

① 引自［德］海曼（Heymenn Kommentar）：《商法典评纂》，第二卷，53页，1989。

② 转引自曲可伸主编：《世界十大著名法典评介》，21页，武汉，湖北人民出版社，1990。

不在手头的商品或隐瞒其缺点的商品。"（第8卷第203条）[①]

古代法典中调整买卖活动的规范不胜枚举。然而，从商业的特性与专门意义上看，这种买卖还不是任何人的正常职业，仅是人们基于一时需求时作时辍的活动，是人们迫于需要而采用的权宜之计，一个以营利为目的、专门从事这一活动的阶层并未出现。由此，以现代商业为母体的商法，那时还未酝酿成诞生的温床；当时法典中调整买卖活动的规范最多仅是民事规范的早期形态。

到了古希腊和罗马帝国的中后期，情景却是另外一番。古希腊、罗马的地理环境对发展海商业极为有利。"古希腊重要的城邦国家如雅典、科林斯都是半岛上的国家，居民与地中海沿岸地区通航方便，破产农民常常迁徙国外，因而海外交往极为广泛，商业往来十分繁荣……以后罗马帝国使地中海成为它的内湖，地中海沿岸地区海运畅通，陆上交通也便利，这样进一步促进了罗马的国内贸易和东西方贸易的空前发达。"[②] 史学家亨利·皮朗不乏感慨地赞谓道："古代世界的一切文明都是围绕着这个伟大的内海而诞生的。它们凭借地中海相互沟通并且四处传播自己的思想与商业……"[③] 伴随着贸易的扩大和繁荣，在古希腊，出现了工商奴隶主阶层，他们甚至掌握了政权，推进了有利于工商业的改革；在古罗马，帝国中后期，出现了商人这一特殊的利益集团，他们成了地中海沿岸贸易城市赖以维系的基础。[④]

贸易的繁荣，同时导致了一系列调整贸易活动的法律规范的产生，这些法律规范对后来商法的起源有着重要影响。例如，古希腊人制定的海洋法（Lex Rhodia）中有关海商信贷、共同海损、风险融资等规定，通过罗马法的中介而被后来的海商法所接受。[⑤] 又如，希腊人提出商事案件需迅速裁决的意见被规定在罗马法之中，并成为后来商法的一个重要原则。[⑥] 不过，对后来商法的一些基本要素、概念和原则，以及立法

① 引自［法］迭朗善译，马香雪转译：《摩奴法典》，188～189页，北京，商务印书馆，1985。

② 引自范健：《中西法律差异的文化根基》，载《江海学刊》，1987（5）。

③ 引自［比］亨利·皮朗著，乐文译：《中世纪欧洲经济社会史》，1页，上海，上海人民出版社，1964。

④ 引自［比］亨利·皮朗著，乐文译：《中世纪欧洲经济社会史》，4页，上海，上海人民出版社，1964。

⑤ 参见［德］卡瑟（Kaser）：《罗马私法》（Das romische Privatrecht），2版，第1卷，133页，1971。

⑥ 参见［古希腊］色诺芬：《经济论·雅典的收入》，69页，北京，商务印书馆，1983。

技术都有颇大影响的古代法，还应首推罗马法。

罗马法在法的分类上曾以市民法（Jus Civile）和万民法（Jus gentium）的区分著称于古代法；从市民法到万民法的过程，不仅标明罗马法体系的一大发展，更可以展示出古代民事法律规范向商事法律规范演进的步伐。

市民法亦称公民法，是罗马国家固有的法律，主要包括罗马早期的习惯法和成文法，内容大都是关于共和国行政管理机构的职权和诉讼程序方面的规范，关于财产权方面的规范较少。市民法具有属人主义特点，其运用范围仅限于罗马市民（公民），不适用于居住在罗马的异邦人，而且程序繁琐，内容比较简单原始。[①] 万民法意为“各民族共有”的法律，是调整罗马人与外族人之间，以及外族人相互之间的法律。[②] 万民法对商事法律规范颇具重要意义，以至一些西方学者认为，“商法最初就意味着万民法。”[③] 万民法的形成经历了一个颇长的过程。公元前3世纪，罗马统一了意大利半岛，到了共和国末期，成为地中海强国。随着政治势力的扩张，罗马的海外贸易和商品交换迅速发展，由此而带来的贸易纠纷与日俱增，原有的市民法已不能适应其国家政治、经济发展的要求，于是罗马统治者便于公元前242年设立了外事最高裁判官，专门处理罗马市民与非市民之间，以及非市民彼此之间所发生的民事和商事纠纷。在审判这类案件时，他们首先以罗马国与其他国家之间缔结的条约、协议为准则，同时参考罗马市民法、地中海沿岸的商事习惯，以及其他地区和民族的法律和风俗习惯。在这过程中，具有司法管辖权的外事裁判官和罗马法院对私法作了很大的发展。他们废除了传统市民法中在处理这些事务时所采用的机械而呆板的方式，代之以新的、较为灵活、简便、速效的处理方式，由此而形成了一整套法律规范和司法程序。[④] 万民法的特点是简要易懂，不拘形式，适用方便。西方罗马法学者认为：“它是适用于外国人的实体罗马私法。”[⑤] 今天，许多国家在进行本国对外贸易的过程中，制定了一些专门调整对外关系的合同法

---

① 参见曲可伸：《罗马法原理》，35、111页，天津，南开大学出版社，1988。

② 参见［德］卡瑟（Kaser）：《罗马私法》（Das romische Privatrecht），2版，第1卷，50页，1971。

③ 引自［德］海曼［Heymenn Kommentar］：《商法典评纂》，第二卷，56页，1989。

④ 参见［德］卡瑟（Kaser）：《罗马私法》（Das romische Privatrecht），2版，第1卷，50页，1971。

⑤ 引自［德］海曼［Heymenn Kommentar］：《商法典评纂》，第二卷，56页，1989。

或契约法，这些做法的历史渊源大概可以直接追溯到罗马法。不过，是否当时罗马帝国的万民法已经具有现代国与国之间的国际法性质，这是一个有待于人们继续考证的法律史课题。无论怎样，人们确信无疑，当时的万民法已经包含了私法交往中调整特定对象和行为的实体法的观念，这些观念在近现代，当人们构思和制定商法的时候，又被重新唤醒，并得到进一步的丰富和发展。

同时值得一提的是，罗马法在理论上提出了“法律人格”的概念及其对后来“法人”概念形成的影响。“法人”概念在理论上的建立和在实践中的运用，是现代法学的一个重要突破和成就。这一概念的创制为商法调整对象的确立，商法体系的建立，以至整个公、私法制度的形成奠定了理论基础。罗马法无法人制度，《十二铜表法》所规定的权利主体都是自然人，罗马法学家也从未使用过“法人”这一术语。在罗马社会早期，由于人们在贸易、宗教、社会互助等各方面共同生活的增多，出现了一些私人团体，如商业性团体“societas”、宗教性团体“collegia”、政治性团体“soldalitatio”等。[①] 这些团体皆由人们自由结合，并不享有法律上的真正人格。当时法律认为这些团体没有独立财产，它们的财产则是团体成员的共同财产，产权分属于各个成员所有，而不属于团体本身。随着罗马社会工商业的进一步发展以及人们为某种共同利益所进行共同活动的增加和频繁，各种团体原来的财产共有关系已给财产交易，尤其是商务带来极大不便。如团体的某项财产发生争议时，需要其全体成员到场。因此，建立一种新的权利、义务主体，以简化交易中的繁琐手续已成为经济生活之迫切需求。

到了罗马共和后期，一些卓越的法学家开始着眼于团体与参加团体的各个成员个人之间差异及各自独立性之法律属性研究。五大法学家之一乌尔比安努斯（ulpianus，170--228）明确提出，在一个团体中，成员的变化并不影响团体的存在，因为团体的债务并不是团体各个成员的债务，团体的权利也不等于团体各个成员的权利。[②] 至此，法学家们已认识到团体有不同于其成员的独立人格，并且是权利义务的独立主体。正基于此，他们随之提出了法律上“抽象人格”的概念，即不问其是否为自然人，凡能享受权利、承担义务者都视为具有独立人格，并可以作为独立的权利和义务主体，这一概念的提出，为法人制度的出现准备了

① 参见曲可伸：《罗马法原理》，35页，天津，南开大学出版社，1988。

② 参见曲可伸：《罗马法原理》，111页，天津，南开大学出版社，1988。

理论基础。

正是在此基础之上，到了中世纪后期和近代，伴随着罗马法的复兴和海商异地贸易的扩大，以及大批贸易性团体的出现，法学家们在罗马法精神基础之上，提出了“法人”的概念。这一概念一旦出现，便先后为欧洲各国广泛采用。在英国，到了16世纪末和17世纪初，出现了第一批作为法人而创设的商业企业，如东印度公司、皇家非洲公司、哈得逊公司等等，与之同时，调整这些公司活动的法律规范，也将法人作为法律调整的主要对象。法人概念的出现解决了商事立法的技术和商法体系建立中的一个重要难题。

罗马法中涉及商事的法律规范很多。无论实体法还是程序法，无论商法、海商法还是国际贸易法，今天已经自成体系的这些法律部门中的许多原则、概念以及术语，与罗马法存在着直接或间接的渊源关系。对之，德国法学家这样评价道：

“无论从法律内容的发达状况，还是从法律技术的精细程度考虑，与以往的法律相比，罗马法中关于商品交往的法律规定已经达到了一个崭新的、较高的水平，这些法律被后人所推崇和接受，从而对近现代欧洲商法，以至整个世界的贸易法都产生了较大的影响。”①

由于罗马法仍然具有古代法的基本特征：诸法合一，它仅有涉及商事活动的一些具体规范，还没有调整商人或商行为这些特定对象的完整规范体系，因而从严格意义上讲，当时还没有商法。

二、中世纪商法的发展演变

从中世纪到近代初期，是现代商法的起源时期。在这一时期，伴随着工商业文明的复兴与进展，一个以自由、公平、权利为核心和本质，以商人和商行为为特定对象的新部门法逐渐从传统民法中分离出来，并从观念到制度上日益完善起来。

西罗马帝国灭亡，欧洲步入中世纪之后，便陷入一个政治上黑暗，经济上萧条的时代。在宗教主宰之下，“土地是生活的唯一来源，是构

① 引自［德］海曼［Heymenn Kommentar］：《商法典评纂》，第二卷，56页，1989。

成财富的唯一标准"[①]，商业的营利精神与教会的道德标准有冲突，商业被教会法规列人禁止之列，不受保护。[②] 然而，即使在那最禁闭的岁月，欧洲的沿海地区依然残留着一些零星的商业，生活在贫瘠半岛之上的人们赖此以苟且偷生。到了中世纪中期，商业开始在欧洲沿海城市复兴。9世纪起，北海与波罗的海沿岸出现了海上贸易；10世纪时，位于地中海沿岸的威尼斯，"这个没有土地的城市"，其商业已达到相当规模；到了13世纪，德国北方港口城市吕贝克也成为欧洲北部异地贸易的中心。

商业的发展，首先促进了城市，即商埠的兴起。在北欧，主要有比利时的根特和布鲁热，德国的吕贝克、不莱梅、科隆、汉堡等；在地中海沿岸，主要有意大利的威尼斯湾、热那亚、比萨、马里兰，以及米兰、佛罗伦萨等。它们都曾以著名商埠而在世界城市史和商业史上留下了辉煌一页。其次，商业的发展，推动了商人团体的形成。从13到17世纪，长期主导北欧及东海地区贸易的汉萨同盟是商人团体的杰出代表。再次，一些重要的商务机构相继诞生，如商业团体的代办机构或事务所，用于货币交换、期货交易和票据交换的固定场所在英国的伦敦、法国的里昂、比利时的布鲁热、安特卫普等地相继出现。商业发展的另一个重要成果是贸易交往方式和管理手段的改进。到了中世纪中期，人们已经使用书面方式，即商业簿记和部分使用账户的方式进行商务管理。当时已经有了账户、背书、转账、汇划、贴现、贴现率、赎债溢价、抵押贷款等一系列专业术语，银行制度也开始初具形态。而且，随着商业的发展，人们关于商品交易的观念也开始从宗教的樊篱下解脱出来，宗教本身也开始修改其教规，人们不再确信贸易是亵渎神灵、引发罪恶的根源，相反将其看成是促进国与国之间和平的杠杆，是公道观念的本源。[③] 与此同时，人们也更加清晰地认识到，商业需要自由，而这种自由的前提则是法制与秩序，对此，勒内·达维德有一段颇为精辟的阐述：

"……随着城市与商业的复兴，社会上终于认为只有法才能保证秩序与安全，以取得进步……人们不再把宗教与道德同世俗秩序与法混淆

① 引自［比］亨利·皮朗著，乐文译：《中世纪欧洲经济社会史》，8页，上海，上海人民出版社，1964。

② 引自［比］亨利·皮朗著，乐文译：《中世纪欧洲经济社会史》，25～26页，上海，上海人民出版社，1964。

③ 参见［法］孟德斯鸠：《论法的精神》，北京，商务印书馆，1982。下册，14～15页。

在一起，承认法有其固有的作用与独立性……"①

商业的发达在法律制度上的直接结果是促进了商法的诞生和发展。传统的观点认为，现代商法起源于中世纪的海商法和商业习惯，其实，商法最早的法律渊源是城市法，商人同业行会的章程、条例，商事和海商法院的判决，地区和跨地区的习惯法，以及国王、领主，以至教会颁布的单行法规。②

如前所述，商业的复兴与城市的建立和管理密切相关。城市是商人的集聚地，是异地贸易的枢纽，更是一个综合性大市场。城市不仅促进了商业组织的建立和扩张，促进了商业机构的完善，增加了商业交往的安全系数，同时，城市还借助于自己的法律，控制和管理着商业。

"从十一世纪上半叶起，城市市政当局对于商品的销售乃至若干行业握有一定的控制权。在主教驻节的城市里，主教们还要关心天主教原则的确立。主教们规定贩卖人应遵守公道价格，破坏规则就要遭惩戒，像犯了罪一样。"③

当时的城市法不仅包含了涉及市场交易的一系列制度，同时还包含了关于外国商人的外籍人法，关于外国商人的供货义务、货物规格、重量、价格和质量之检验的规则，关于仓库和货物储藏的规则，关于贸易争讼由法院迅速作出裁决的规定，关于手工业者、商人同业工会与自治企业之间经常发生的冲突之解决办法等一系列内容。④

对于商法的起源来说，与城市法具有同等意义的是商业联盟的章程、条例等。商业联盟是同业行会之一种。同业行会具有各种不同名称，拉丁谓为 officium，ministerium，法语为 metier jurande，意大利语为 arte，尼德兰语为 ambacht，neering，德语为 zunft，Handwerk，英语为 craft-gild，mistevy。在不同的国家里，同业行会执行着同一任务并追寻着同一目的，即建立一种制度，既保障制造并出售商品的工匠、商人的权利，又保障购买这些商品的顾客的权利。从 11 世纪开始，随

① 引自［法］勒内·达维德：《当代主要法律体系》，38 页，上海，上海译文出版社，1984。

② 参见［德］科英（Colng）：《现代欧洲私法的起源与文献手册》（Hand buch der Quellen und Literatur 2ur neueren europaischen），第 1 卷，801 页，1973。

③ 引自［比］亨利·皮朗著，乐文译，《中世纪欧洲经济社会史》，162 页，上海，上海人民出版社，1964。

④ 参见［德］戈比德·施密特（Coldschmidt）：《商法通史》（Universalgeschichte desHandelsechts），第 1 卷，172 页，1891。

着商业同业行会的扩大，在欧洲出现了许多商业联盟，与今天的商业团体之目的不完全一样，联盟最初的建立，与其说是为了争夺市场，不如说是为了贸易的安全，尤其是航海贸易，若无一个庞大的船队以及战舰之保护，很难出入于海盗横行地带。当然，伴随着联盟的扩大，加强联盟内外的协调和建立完善的制度已成为必然。由此而形成的联盟内部和外部的章程、制度便是早期商法的雏形，对此，史学家戈比德·施密特介绍说：

"当时的商业联盟已经发展成一个相当庞大、相当独立，并对贸易活动拥有很大管辖权的机构。它们颁布了自己的章程，汇编了自己的商业习惯法，行使自己的审判权和商务仲裁权。由它们汇编的商业习惯和法院裁决逐渐部分地成为适用于不同地区贸易的法律和适用于海上贸易的法律。"①

商业习惯与商事法院的判决无疑是商法的另一个重要法律渊源。然而，最初习惯怎样上升为法律的历史过程，以往人们知之甚少。从现有收集到的资料看，在这一转变过程中，商业法院的创立及其裁决起着决定性作用。关于这方面的情况，皮朗先生在《中世纪欧洲经济社会史》中的一段描述很有参考价值：

"传统的法律，程序拘泥而狭隘，仍使用神判法、司法决斗，其法官是从农村居民中选拔出来的，这种法律只是一些逐渐形成的惯例，其作用是处理以耕种土地或以土地所有权为生的人们的关系，这种法律不能适应以工商业为生计的人们。需要有一种更为灵活的法律，一种更为迅速、更不依赖偶然性的证明方法，需要熟悉受审者的职业情况，能够凭借对案情的知识迅速结束争论的法官。

在较早时期，或最迟在十一世纪初，由于环境的需要，产生了一些萌芽的商法。这是商业活动所形成的一些常规汇编，是商人们在交易中所通用的一种国际惯例。由于缺乏合法的效力，在当时的法院中无法接受这些惯例，因此，商人们同意从他们中间选出能了解他们的争论并能迅速予以处理的仲裁人。无疑地，我们必须从这里来追溯某些法庭的起源。在英国这种法庭有一个很生动的名称叫'灰脚法庭'，这是因为到法庭进行诉讼的商人，脚上还沾染着旅途的灰尘。不久，这种特别法庭就成为公众权威所认可的固定的法庭……在所有的国家里都先后设立了

① [德] 戈比德·施密特 (Coldschmidt)：《商法通史》(Universalgeschichte desHandelsechts)，第1卷，250页，1891。

这样的法庭……"[①]

从中世纪中期到近代初期，一大批调整单方面商行为的制度和法律规范日益出现并逐步在体系上完整起来，这方面所涉及的内容主要有：商业管理，商业票据，商业公司，以及银行和商业信用等。

早在10世纪，往返于地中海的商船就开始对自己所从事的商务活动进行文字记载，对经营货物进行记账，许多商船还设专人作"书记"，这大概是商业簿记制度的最初形态。11世纪，伴随着同业行会的兴起，商业登记渐成制度。商人同业行会编制了其所属成员的花名册，登记的内容，除了商业名称，即商号外，还包括合伙人之间的关系、经理权、贸易和货物标记等内容。[②] 自11世纪起，经纪人的概念开始在欧洲流行。经纪人又叫做"中间人"，这是从拜占庭借用来的词汇。当时，在法兰西王国称为 makelaren，在德国称为 unterkaufe，在英格兰称为 broker。[③] 按照当时的法律规定，在对外业务中，经纪人仿佛公职人员，在双方业务交往中处于公正地位。到了十三四世纪，以商业批发、商务代理、仓库保管、承揽运送、海商保险等商行为作为专门调整对象的法律规范相继出现，至此，一个以商业管理为内容的商事规范体系开始形成。

票据、银行、公司的出现，是现代商法中颇具重要意义的事件，汇票是票据的一个主要内容，用法律语言解释，它是"在指定地点可以兑现的字据"。关于汇票的起源，说法不一。孟德斯鸠认为犹太人发明了汇票[④]，即在菲利普-奥古斯都和高身菲利普朝代，被驱逐出法国的犹太人逃难到伦巴底，他们把秘密的票据交给外国商人或旅客；凭这种票据，持票人可以在法国向发票人的财产委托人取款。史学家皮朗则认为，汇票起源于12世纪欧洲的香槟集市。[⑤] 暂且不论其起源于何处，许多事实足已证明，到了十二三世纪，期票支付机构所发行的票据已成

---

① 引自［比］亨利·皮朗著，乐文译：《中世纪欧洲经济社会史》，47～48页，上海，上海人民出版社，1964。

② 参见［德］戈比德·施密特（Coldschmidt）：《商法通史》（Universalgeschichte des-Handelsechts），第1卷，230页，1891。

③ 参见［德］戈比德·施密特（Coldschmidt）：《商法通史》（Universalgeschichte des-Handelsechts），第1卷，308页，1891。

④ 参见［法］孟德斯鸠：《论法的精神》，北京，商务印书馆，1982。下册，67页。

⑤ 引自［比］亨利·皮朗著，乐文译：《中世纪欧洲经济社会史》，92页，上海，上海人民出版社，1964年。

为跨地区贸易中非现金支付的一个重要工具，按照当时有关法律规定，商人有义务凭票据到另一个地方，如交易地履行支付。在这同时，汇票信函也开始流行起来，一些具有抽象性的商人债务书面证据，即所有权凭证开始被广泛使用，主要有装货或发货通知书、仓单、海运提货单、付款保证书即债据等等。[①]

公司，尤其是人合公司，其历史渊源最初可以追溯到为了共同贸易和手工业而组成的家庭联盟。其特点是使用同一商号，共同拥有财产。资合公司的形成、大宗资金的积聚与投向某项业务或工程联系在一起，这种资金集聚起初常借助于国家权力而实现，例如 14 世纪，意大利的地方政府以国家名义发行强制公债，创建了一些公司，其中创立的海商保险公司是世界上最早的保险公司。[②] 到了近代初期，发展比较迅速的是股份公司。例如，在英国，1600 年建立了东印度公司，1680 年建立了非洲公司，后来这两个公司联合，成立了联合股份公司。在荷兰，1602 年建立了东印度公司，1621 年建立了西印度公司。在法国，1664 年建立了东西印度公司。在德国，1682 年建立了布兰登堡非洲公司，等等。

银行的起源与商业信用联系在一起，从现有资料来看，商业信用在 11 世纪时就已出现，当时已有相当多的经营流动资本的商人，因此，有学者甚至认为："中世纪的银行家，一般说来，既是放款人又是商人。"[③] 14 世纪，在意大利的热那亚出现了世界上最早的股份银行。[④] 到了近代时期，由于公司的繁荣和贸易规模的扩大，在欧洲的许多城市相继诞生了一大批银行，并且还相伴出现了一些证券交易所。

票据、公司、银行的出现，标明商业已经跨人了一个崭新的时代，与这个时代的需求相吻合，商业立法的范围亦变得愈来愈广，各国对商业活动的干预也愈来愈多，"几乎商务活动的所有方面，官方都制定了相应的法律、规章、条例"[⑤]。其中比较有代表性的是商业居间法、公司法、票据法、银行法、保险法、海商法以及商务仲裁规则。

---

① 参见［德］戈比德·施密特（Coldschmidt）：《商法通史》（Universalgeschichte des-Handelsechts），第 1 卷，383 页，1891。

② 引自［德］海曼（Heymenn Kommentar）：《商法典评纂》，第二卷，56 页，1989。

③ 引自［比］亨利·皮朗著，乐文译：《中世纪欧洲经济社会史》，114 页，上海，上海人民出版社，1964。

④ 引自［德］海曼（Heymenn Kommentar）：《商法典评纂》，第二卷，56 页，1989。

⑤ 引自［德］海曼（Heymenn Kommentar）：《商法典评纂》，第二卷，56 页，1989。

在这一时期的立法中，对后来欧洲商法发展产生重要影响的有两个商事法典，一个是1673年由法兰西国王路易十四颁布的商法典。这部商法典在12章122个条款之下，规定了商业性质、居间商、商业簿记、合伙（公司）、票据、破产、商务仲裁等内容，这部法典是在原有法律基础之上修订编纂而成的。它的目的不在于改变原有法律，而在于使原有法律更加统一，消除原有法律中的弊端，尤其是消除以往在商务仲裁中不灵活的做法，以及增加对商务交往中信任之保护。另一部是1681年制定的海商法，该法典同样由路易十四国王颁布，法典共分五个部分，即海上裁判所、海员及船员、海上契约、海港警察、海上渔猎，它从公法和私法的角度对海商和海事仲裁作了规定。

三、近代商法体系的形成

从19世纪初到第一次世界大战，是商法在体系上建立和完成时期。这一时期，资本主义工业文明的滚滚洪流与殖民掠夺的勃勃野心结伴而行，开拓了世界经济贸易的新纪元。与此同时，商法编纂运动以欧洲大陆为本源八面辐射，波及亚、非、拉、美各洲，在世界范围内蓬勃兴起。无论在立法体制上采取民商分立还是民商合一，无论在商事立法原则上采用主观主义还是客观主义，一切不甘在世界经济竞争中落伍的国家，在这一时期都高度重视商事立法，力图以此来建立本国经济秩序，保障和加速经济发展，对付外来经济干扰，竞争世界经济市场。从立法体制和立法原则考察，这一时期的商法在体系上的发展创立了世界三大商法法系，这种体系上的分流至今影响犹在。

法国商法法系以法国商法为核心，以行为主义即客观主义原则为法系的重要特征和商事法规的立法基础。按照客观主义原则，只要行为人的活动属于商行为，那么他就是商人，其活动适用商法。

法国商法由《法国商法典》及其相关商事法规构成，《法国商法典》是在拿破仑主持下制定的，法典的第一、二、四编于1807年9月在议会通过，同月公布；第三编于1838年5月28日通过，同年6月公布。法典所列四编内容分别为通则、海商、破产、商事法院，全文共648条。由于《法国商法典》制定过程比较仓促，即使在法国，它也未能使所有人都感到满意，在随后的岁月中，随着经济生活情况的变化，法典

多次修改和补充，许多内容被从原来的法典中删除，而分别单独制定成专门法规，其中，比较重要的单行法规有：《公司法》（1867 年）、《营业财产买卖设质法》（1909 年）、《商事登记法》（1919 年）、《工人参加股份公司法》（1917 年），以及后来制定和修订的《有限责任公司法》、《证券交易所法》、《保险契约法》、《票据法》等等。在整个 19 世纪，法国商法有着明显的和多方面的进步，因而它在大陆法系中处于领先地位。受其影响而制定商法典的国家也很多，主要有《荷兰商法典》（1838 年）、《希腊商法典》（1821 年）、《西班牙商法典》（1829 年颁布，1885 年修订）、《土耳其商法典》（1850 年）、《比利时商法典》（1867 年），以及意大利、葡萄牙、埃及、波兰、南斯拉夫、罗马尼亚、巴西、智利、阿根廷等国家的商法。① 这些国家的商法都以法国商法为直接或间接的历史渊源，从而构成了法国商法法系。

德国商法法系以德国商法为核心，以属人主义，即主观主义原则为重要特征和立法基础。按照主观主义原则，商人是商法的中心，同一行为，商人为之，适用商法，非商人为之，适用民法或其他法律，德国商法由《德国商法典》及其相关商事法规组成。19 世纪上半叶，德国依然处于封建割据状态，商事法规极不统一。19 世纪中叶，经普鲁士邦提议，联邦议会于 1861 年颁布了《普通德意志商法典》，即旧商法典。1871 年统一的德意志帝国成立，由此开始了新法典的编纂工作。新《商法典》于 1897 年 5 月 10 日颁布，1900 年 1 月 1 日生效。该《商法典》包括四编，即商业性质、公司及隐名合伙、商行为、海商，共 905 条。《德国商法典》的相关商事法规主要有《有限责任公司法》（1892 年）、《内水航行法》（1895 年）、《保险契约法》（1908 年）、《反不正当竞争法》（1909 年），以及此后制定的票据法、股份法和经营组织法等。直接或间接以德国商法为范例而编制或修订本国商法典或制定商事法规的国家主要有奥地利、瑞典、挪威、丹麦、土耳其②、日本，此外，中国大清商律等亦属于此类商法。③

其中，在世界上首先采用民商合一制的瑞士法，将商事法规归类于债编例民法典之中，不过，其内容和基本精神依然仿效德国商法，仅仅

① 参见［德］吉克（Greker，Sandrock）：《商法与经济法》（Handels—undwirtschaftsrecht），9 版，88～96 页，1975。

② 土耳其于 1956 年重新制定了一部商法典。该法典吸收了德国商法的基本精神。

③ 参见［德］吉克（Greker，Sandrock）：《商法与经济法》（Handels—undwirtschaftsrecht），9 版，85～88 页，1975。

形式有所不同而已。

英美商法法系以英美国家商法为代表，其特点是商事习惯法、判例法与商事成文立法并存。

英美法律起源于英国法，它以习惯法和判例法为其法律渊源而相别于大陆法系。在英美法中，商事法则指以一般商事习惯和判例所形成的法律，它们皆受普通法和衡平法支配。自 19 世纪中叶起，在欧洲大陆方兴未艾的商事立法运动似乎也波及到英伦半岛，一大批商事成文法规相继诞生，主要有《票据法》（1882 年）、《载货证券法》（1885 年）、《商务代理法》（1889 年）、《合伙法》（1890 年）、《商品买卖法》（1893 年）、《商船法》（1894 年）、《破产法》（1894 年）、《海上保险法》（1906 年）、《有限责任公司法》（1907 年），以及后来制定的《海运法》、《空运法》、《公司法》等。

美国法律在传统上承袭英国法律，采用习惯法与判例法。其商事法也以英国普通法为基础。19 世纪之后，商事立法也开始在美国盛行。根据美国宪法规定，各州拥有商事立法权，因而起初各州的商事立法内容很不一致，这给商事交往带来极大不便。到了 19 世纪末，美国着手制定统一的商事法规，先后制定有《统一流通票据法》（1896 年）、《统一买卖法》（1906 年）、《统一仓库收据法》（1906 年）、《统一股票转让法》（1909 年）、《统一提单法》（1909 年）、《统一附条件销售法》（1918 年），以及后来制定的《统一信托收据法》等，这些法规后经整理编纂为《统一商法典》，于 1952 年公布。此外，美国在这一时期还制定了州际通商法、破产法、公司法、反托拉斯法等一系列商事法规。

受英美商法法系影响的商法主要有澳大利亚、加拿大、印度、新加坡、马来西亚等国的商法。①

自 18 世纪初兴起，延续了一个多世纪的世界范围内大规模的商事立法运动，是人类社会迈向法制的重要一步，它实现了社会经济生活从无序到有序，从偶然调整到一般调整的转变，实现了民主与法制原则从政治向经济，从上层建筑向经济基础的渗透。如果说宪法的诞生，为资产阶级民主与法制的“新世纪”创造了政治制度上的法律基础，那么商法的发达则为“平等”、“权利”、“自由”在“尘世”的落实奠定和提供了经济上的制度基础和法律依据。一个“商法时代”的出现绝非偶然，

① 参见［德］古克（Greker，Sandrock）：《商法与经济法》（Handels—undwirtschaftsrecht），9 版，96～100 页，1975。

它是现代文明的必然结果。我们认为，主要有以下几个方面原因：

1. 工业革命的成果和产业规模的扩大，铸造了一大批新型生产组织，如大型企业、矿山、各种形式的公司，它们成为社会经济的支柱和社会财富的源泉，它们的经营、发展状况对国民经济产生了举足轻重的作用，国家迫切需要借助于法律手段调整它们，使其活动正常、有序，消除小生产状态下的随意性和偶然性。同时，这些生产组织在组织形式上也不同于自然人和一般合伙，在以往的法律中很少有自己的"户口"，因而也迫切需要在法律上确立自己的身份和权利。

2. 世界性贸易的兴起使得贸易规模扩大，贸易手段更为多样，贸易管理更为复杂。从大量、快速、反复、易行等方面为贸易活动提供法律依据，通过完善买卖、银行、票据、交易所以至反垄断方面的法律制度以实现对贸易的监督与管理，已成为建立新贸易秩序的根本途径。

3. 资产阶级革命的胜利，使"社会应受法支配"的思想深入人心。在自然法思想灌输下，传统的宗教观念分崩离析，人们日益清晰地认识到，不仅公民的权利、财产需要受到法律保护，个人的自由需要受到法律约束，而且一切经济组织、企业、财团、公司等等都应该有自己的法律，其财产受到保护，其活动受到制约。人们还认识到，商法的制定不仅仅维护了商业秩序，而且在张扬公平、正义、平等、自由观念方面，在维护私有财产不可侵犯的原则方面，以至推进整个社会的民主与法制方面，起到了推波助澜的作用。

4. 到19世纪上半叶，许多国家实际上还处于分散状态，国中有国，法中有法。法律不统一不仅严重妨碍贸易交往，而且还严重妨碍着国家的统一进程。以德国为例，到19世纪40年代，各邦自立其法，仅票据法就有五十多种。因此，制定统一商法典或商事法规，不仅可以加速贸易和法制统一，还可以推进国家统一。

5. 相当一部分学者认为，民法所调整的常常是个人的福利，保护的是公民个人的利益关系，而商法所调整的内容常涉及公共的福利，更多地保护着公共利益关系，因而他们主张要更加重视商法问题。

此外，商法典及商事法规的系统化也与19世纪蓬勃兴起的法典编纂运动不无关系。自罗马法在欧洲复兴以来，一大批法学家潜心研究立法技术和法学方法，经历几百年理论上的探索，法学家们，尤其是大陆法系法学家日益看清一国法律自成体系和编纂法典的价值，这股思潮还不同程度地影响了英伦半岛和美洲大陆。

总之，从商法的发展进程及其在当今世界的地位我们可以看到，与商品经济结伴而生的固然是民法，而与现代工业社会市场经济同步前进的却是商法；如果说民法是西方古代文明的产儿，那么商法则是西方近现代文明的硕果。

第五章

20 世纪世界商法之进展

与现代工业文明相伴而生的商法制度，进入 20 世纪之后，其发展与变化怎样，一百年来始终是世界许多国家的法学家们极为关注的课题，它不仅直接维系着一个法律部门的前景，影响着现代法律体系的格局，预示着人类法律制度在现阶段和今后一段时期内发展的方向，而且它还直接或间接地对社会经济模式的运转、民族和国家的统一、以至世界法律的同化发挥着具有深远意义的作用。正如德国法学家、大法官汉斯·布洛克斯教授所言，商法不仅对于现代商品经济秩序的建立，而且对于民族内部法制的统一和世界法律的协调，都发挥着重要作用。①

20 世纪的世界商法是传统商法的进化，是传统商法在现代社会的继承与发展。然而，与传统商法相比较，商法在观念、原则、体系以及自身的多元化和社会功能等方面，都发生了很大的变异，形成了既渊源于传统商法、扎根于传统商法，又不等同于传统商法的独特格局。它的演进与发展过程，是一个在民法和经济法的挑战中，在现代政治和经济思潮冲击下，自身不断强化和更新的过程。因此，回顾 20 世纪世界商法之进程，了解现代世界法律发展的流向，对于在改革开放中借鉴外国的先进经验，重建中国的法律体系，推动中国市场经济法制建设，无疑具有重要的价值和意义。

① Hans Brox: Handelsrecht und Wertpapierrecht. Auflage. S. 3. 1988. München.

一、商法的独立性[①]

在一个国家的法律体系中，如何确立商法的地位，如何把握商法与民法及其与经济法之间的关系，即如何认识商法的独立性，这是20世纪以来商法理论中最重要和最基本的问题之一。这一问题集中表明了商法的价值，决定着商法的前途和命运，因此，它首先引起了法学家，尤其是西方商法学家的极大关注。

在20世纪上半叶，确切地说，在二次大战结束之前，商法的独立性问题主要表现在商法与民法的关系之上。

商法从民法中分划出来，构成一个独立而完整的体系，成为法学的一个部门，这是19世纪法学发展的一大成就，是人们对经济活动、尤其对经营活动之规律、特点在理性的基础上有了更为深刻认识的结果，是法律技术和方法完善的标志之一。在《商法探源》一文中，我们曾指出，传统商法起源于中世纪中后期，形成于十七八世纪，鼎盛于19世纪。19世纪下半叶，在走上资本主义道路的世界各国中，掀起了一场大规模的、蓬蓬勃勃的商法典、商事法规的编纂运动。这场运动的兴起是新兴资本主义经济关系和经济运行模式的必然结果，是自由资本主义市场经济秩序的产物。当时，自由资本主义正处在向帝国主义转变过程中，原先通过武力和殖民掠夺而开拓的世界贸易市场已经形成，强权者们所面临的首要任务是保护市场，因此，迫切需要借助于商法来建立市场秩序以协调强权者相互之间的关系；与此同时，在经济和政治上还没有被完全征服的弱小国家也意识到，用武力已无力维持自己在经济上的独立，只能乞求通过商事立法来保存自己的一点经济利益。此外，世界性贸易的发达、生产和交易规模的扩大，推动了一系列管理手段的进步，如公司这一特定的经营组织形式已被人们普遍接受，票据的功能、银行的作用日益明显，加强这方面的法律调控已成为建立社会新经济秩序的必要前提。19世纪下半叶所展示出的自由资本主义时期的各种社会矛盾都表明，传统民法已远远不适应新经济关系的发展，迫切需要建

① 本节内容与本书第二章“商法的独立性”有一定的重复，但鉴于论述角度不同且服从于各章相对独立的体系上的逻辑安排，在此仍对商法的独立性加以不同视角的阐述。

立一个完整的商法部门，以促进市场经济秩序的建立和社会商品经济的发达。但是另一方面，由于当时资本主义世界正处在一个经济转变时期，与发达资本主义经济秩序相适应的各种经济组织和经济管理手段还不十分成熟，自由资本主义向帝国主义过渡之后，新经济活动所导致的各种社会矛盾在这一时期表现得还不十分明显，加之立法技术上尚存在许多问题，因而这一时期，虽然已出现了大量的商法典和其他商事法规，但商事立法本身并不成熟，法律中的矛盾、漏洞，规范的不严谨，体系上的缺陷，以及其他弱点比比皆是。虽然到了19世纪末期和20世纪初期，各国原先所制定的商法典和商事法规普遍多次被重大修订，有的甚至被重新制定，但是商事立法中所存在的问题，尤其是商法本身的理论上的弱点并没有被完全消除，相反，伴随着社会经济的发展和变革，有些弱点和矛盾则暴露得更为明显。这样，到了20世纪上半叶，当一些弱小国家和一些资本主义生产关系并不十分成熟的国家力求重构本国法律体系时，首先面临的问题就是有无必要在民法之外另立商法。少数国家一反19世纪已成定局的法律部门划分方法，实行民商合一，将商法并入民法之中。这一时期，商法与民法的关系，即商法的独立性问题则成为法学家们争论的热门课题，传统商法理论开始受到严峻的挑战，各国法学家们不得不面对现实，重新对原有理论进行理性思考与审判，开始从理论上对商法进行综合研究，并注重研究商法与民法的联系与区别，分析两者在研究对象、调整方法、理论体系以及实践价值上的差异。通过客观的考察和理性的分析与思考，人们发现：首先，竭力推行民商合一的国家，或者是地域小、人口少、经济关系并不十分复杂、法律体系也比较单一的国家，如瑞士、荷兰、丹麦、挪威、瑞典等国；或者是资本主义经济关系仍处于不发达状态、资本主义的市场经济矛盾表现得很不充分的国家，如20世纪二三十年代的中国，以及已实行社会主义计划经济的苏联。其次，即便在奉行民商合一的国家中，民法与商法也仅仅是一种形式上的合一，即将商法典的内容附加到民法典之中，这种简单合并，在立法技术和法律运用上遗留下许多问题，它并没有解决实体商法的相对独立性问题。相反，它给商法本身的协调增加了许多难度。再次，民商合一仅仅消除了形式意义上的商法典，在法律理论和法律体系上，它并未能消除商法作为一个独立的法律部门的存在，并没有能否定商法在理论上的整体性，这样，在一定程度上导致了商法理论与立法技术上的不协调及矛盾。在这场争论中，许多系统论述商法学的著作纷纷出世，其中，在德国，比较著名的有艾伦贝尔格（Ehern-

berh）撰写的《商法全书》（1913 年），威兰特（Widland）撰写的《商法学》（1921 年），默勒（Müller）等撰写的《商法学教程》（1928）等书。[①] 在日本，比较著名的有松本烝治撰写的《商行为法》（1914 年）和竹田省撰写的《商法总则》（1932 年）。[②] 与此同时，西方学者的这些理论在社会主义的苏联也获得了反映，一些主张在苏联同样需要建立一个独立的商法体系的学者纷纷著书立说，创造自己的理论，当时较有影响的主要有 B. M. 戈尔东撰写的《苏联商法体系》（1924 年）和 E. H. 丹尼洛娃撰写的《苏联商法》（1925 年）。[③] 通过理论上的系统研究，许多法学家认为，虽然商法是民法的特别法，然而，正如民法与宪法的关系一样，商法与民法同样是两个不同的法律部门，它们在基本原则、调整对象和方法、社会功用及价值等方面都存在着极大差异。民法与商法相互关系的讨论，以及一大批商法著作的完成，不但消除了民商法研究中的混杂状态，为商法在理论上的系统性、完整性奠定了基础，而且极大地提升了商法的独立性，使商法在绝大多数发达国家和发展中国家中，日益成为一个与民法分离的独立法律部门。到第二次世界大战结束前，在大陆法系国家中，实行民商分立的国家主要有法国、德国、奥地利、比利时、荷兰、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、阿尔巴尼亚、保加利亚、捷克和斯洛伐克、罗马尼亚、塞尔维亚、匈牙利、波兰、土耳其、埃及、日本、巴西、智利、阿根廷，以及其他亚、非、拉许多国家，而奉行民商合一的仅是前面所提及的以及其他很少几个国家。[④]

到了 20 世纪下半叶，困扰商法独立发展的重要难题是商法与经济法之间的关系问题。

经济法一词虽然在 19 世纪末就已出现，然而，直到第二次世界大战结束前，只有部分德国学者对之有一定的研究兴趣。20 世纪上半叶，经济法在极个别国家受到重视，这与其说是自由经济走向极端的结果，毋宁说是新的政治和经济独裁政策的产物。因为当时的法西斯政权，不是希望用经济法来更好地调节自由经济市场秩序，而是力图借助于经济法来达到经济上的集权，进而实现政治上的独裁。第二次世界大战结束

① Heymann Kommentar：Handelsgesetzbuch. Band l，S. l，1989. BerLin.
② 参见何勤华：《日本商法学的历史与现状》，载《法律科学》，1991（1）。
③ 参见［苏］B. A. 亚泽夫：《苏联商法是一个综合部门法》，载《外国法学译丛》，1984（4），24 页。
④ Gicker，sandrock：Handels and Wirtschaftsrecht. 9Au-fLag. S. 84—103. 1975. Munchen.

后，整个社会思潮发生了极大变化，人们的政治观念、法律观念以及生活哲学都受到新思潮的洗礼。哲学家认为，极端的个人主义和自由主义是导致社会危机和战争灾难的重要根源；经济学家则指出，推行自由政治的经济政策、过于笃信市场自动调节的力量，是造成两极分化、加剧社会矛盾的重要原因，并竭力推崇国家应对经济生活予以适当干预的开明政策；法学家们则确信，法的价值已不在于抽象的个人自由与权利观念，而在于社会整体的效益和整体利益。在这样一种新思潮冲击之下，以保护个人经济活动的绝对自由与权利为准则、以营利目的为基本精神的传统商法，又一次面临着挑战。有人开始怀疑商法的实际社会意义和价值，极力宣扬商法在新时期经济活动中的局限性和弱点，提出要用一种新的法律部门，即用经济法来取代商法。虽然这一观点并不是第二次世界大战之后西方法学发展的主流，并没有在理论和法律实践中形成很大的气候，但这股思潮对中国法学的影响却是十分深远的。

在西方，第二次世界大战之后力主建立经济法的学者们的基本思想，无疑是希望在整个国家经济运行中，加强公法的调节手段，以抑制在私法领域中个人经济自由权利的无限膨胀。他们所遇到的第一个难题是，在奉行以市场经济体制为主的国家中，如何处理个人在经济上的自由权与国家对这种权利进行干预二者之间的关系。没有经济上的自由，就不可能形成刺激经济不断增长的市场，进而就不能实现资本主义社会所推崇的所谓真正的自由和民主；法律以保护经济主体的平等、自由为第一前提，还是以国家对经济的控制为首要任务，即社会的整体利益之实现，是建立在市场经济秩序之上，还是建立在计划原则之上。如果社会在经济政策上不能彻底消除市场，不能完全推行计划经济，那么，商法作为市场经济秩序的基础，就不可能失去它应有的地位，就不可能为其他法律所取代。显然，用经济法来取代商法，这不仅不现实，而且为西方社会的基本制度所不能接受。[①] 第二个难题是，经济法究竟研究什么，它有无可能成为一个独立的法律部门，法学家们对此始终模糊不清。有人认为，它仅仅是对商事交易中个人绝对自由权利予以适当限制的法律，即仅仅是限制不正当竞争和反垄断法。而这些法律，从广义上说，又属于商法的一个部分。[②] 也有人认为，它是一切与经济活动相关

---

① Muller-Freienfels, Zur, Selbstandigkeit des Handel-srechts, Festschrift f. V Caemmerer, S. 583. 1978.

② Beck-Texte HGB 24 Auflage. S. 13. 1990 Munchen.

的法律的总称。它不仅包含私法，也包含公法，不仅涉及宪法、行政法，也涉及民法、商法，不仅将国内法，而且将国际法融为一体。[①] 还有人认为，经济法纯粹是一种研究方法，是研究与经济相关的法律问题的方法论，它不是什么实体法，更不能成为独立的法律部门。[②] 正鉴于此，西方法学家们认为，经济法至今还缺乏高度的严谨性和一致性。[③] 人们还没有将它看成是一个独立的法律领域，还没有接受它在法律体系上的独立地位。[④] 尤其在英美法系国家中，人们甚至极少使用经济法这个词。[⑤] 至于在西方各国的法学理论研究中，经济法的研究同样未受到法学家们的重视，大学里开设以经济法命名的课程更为罕见。由此，从经济法本身的状况可以看到，虽然第二次世界大战之后少数西方学者抓住传统商法的弱点大肆渲染并攻击，企图用经济法来取代商法，然而从根本上说，这股思潮并没有能影响各国法律体系的格局。相反，它却推动了商法学家们打破传统商法的框框，为适应新时期的经济现实，对传统商法的原则、精神以至内容进行重大更新和改造。

二、商法调整的对象——从商人到企业的转变

传统商法，无论奉行主观主义还是客观主义原则，商人始终是商行为的主体，是商法调整的对象。商法在一定意义上被人们视为商人法。商人在商法中的核心地位，正是传统商法的致命弱点，也是传统商法在历史上屡遭攻击的保守性所在。

传统商法从中世纪的商人法进化而来，这是相当一部分法学家们公认的观点。商人作为一个法律概念的出现，最初与他作为一个独立的社会阶层的出现联系在一起。中世纪中后期，在欧洲，伴随着手工业和贸易的发达，社会上出现了商人这一特殊的经济利益集团。当最早一批有

---

① Wolfgang Fikentscher：Wirtschaftsrecht Band l. l. Munchen 1983.

② Karsten schmidt：Hundelsrecht 3Auflag. S. 13—14. 1987. Munchen.

③ 参见［美］丹尼斯·特伦著，方流芳译：《商法与经济法》，载《法学译丛》，1986（4），32页。

④ 参见如心编译：《经济的发展和商法》，载《商业译丛》，1982（2），66页。

⑤ Daintith：Some Characteristics of Economic Law in the United Kingdom，p. 21～42，1971.

关商事经营的城市立法和海商立法颁布时，商人便成为这些法律中的独立而特殊的权利主体。到了中世纪末期和近代初期，伴随着商事立法的逐渐规范化和完整形态的出现，虽然以商人命名的法律日益减少，但商法所涉及的范围日益增大，商人在法律上的地位亦逐渐巩固，其特权并未削弱。法国大革命后，在平权政治观念影响之下，拿破仑主持制定的《法国商法典》力图改变具有特权色彩的商法形象，确立了商行为是商法调整的对象，然而，商行为离不开商事活动主体，离不开商人。因此，这部法典在形式上虽然贬低了商人的地位，但实质上并未能改变商法以商人为主体这一客观事实。20世纪初生效的《德国商法典》没有步法国人的后尘，依然将商人作为商法的中心。其后，《日本商法典》主要以《德国商法典》为样榜，没有否定商人在商法中的中心地位。这样，商人与商法又成了密不可分的联体。正是这种法律现实，致使一些以抽象平等观念为信条的人们视商法为特权法，否定商法在现代社会中的独立价值。这种理论观念也是导致20世纪二三十年代中华民国走上民商合一道路的重要原因之一。①

其实，传统商法以商人为中心，不仅商法的反对者们对之持以否定观点，西方国家中有见地的商法学家们也早就对之抱着批判的态度，从20世纪初开始，德国和法国的商法学家们就力图说明商事主体之转变问题。在随后的岁月里，这方面的努力从未停息，并最终形成一股具有世界影响的学说思潮，为许多国家的商法学家所赏识和赞同。

传统商法以商人为主体所导致的理论缺陷主要有两个方面。第一，传统的商人是一个由自然人所派生出的法律人格，在表现形式、权利属性方面含有许多自然人的特征。随着现代经济的发展和经济规模的扩大，以自然人形态出现的商事主体已远远不符合现代经营主体形态。现代经营主体，如公司、企业、联合企业等等，它已不再是一个个单个的权利人，而是许许多多权利人的集合体；作为一种权利主体和法律人格，它已不完全是单个的个体，更是一种组织形式或机构体系。这样便形成了现实生活中的经济主体与法律上的商人人格之间的差异和矛盾。第二，传统的商人，作为经济活动中的权利所有人，他在财产关系上是雇员的对立物。商人在财产权利上的主体形态，造成了经济生活中不同阶层之间的对立，在观念上催化了社会矛盾。而现代商事经营主体，相

① 参见范健：《德国商法与德国商法典》，载《中德经济法研究所1991年年刊》，161页。

当一部分已经是众多社会成员的复合体。以股份制企业为代表，众多的股东，包括工人都是该企业的财产所有者。企业的新形态，尤其是企业的股份化，在很大程度上已消除了传统商法中商人与雇员之间的对立。因此，依然将传统商人作为法律上的一种特殊阶层，显然也不符合现实社会关系的变化。正是基于上述原因，相当多的商法学家们认为，现代社会经济活动的主体已不再是传统观念上的商人，而是具有一定经济规模和组织形式的企业；企业才是商法中的主体和商法调整的对象，并且是商法的核心。由此，商法的任务就是调整企业在一定社会中的经营活动，即以企业的形态、企业的成立及消灭、企业的运营与管理、企业的资金筹措、企业的会计及决算、企业的交易等为调整内容。由于企业是现代社会经济组织的细胞，企业问题是现代社会经济生活中最为敏感和最为重要的问题之一，将企业作为商法的调整对象，将商法视为调整企业经济活动的完整法律体系，这无疑给传统商法注入了新鲜血液，增添了许多活力。这也是商法在当今西方社会法律舞台扮演重要角色的主要原因之一。正是商法与企业的联体，引起了当代许多法学家的极大兴趣，使商法这一传统学科中的新研究成果层出不穷，理论亦更加丰富多彩。当然，在企业与商人的关系上，也有一部分西方学者认为，虽然企业是当代商法的重要调整对象，但它不等同于商人，也不能完全取代商人，相反，它仅是大大充实并丰富了商人的内容，使商人体系更加丰满、完备。①

三、商法原则之调整

商法的原则是商法与其他法律部门相区别的重要依据，是商法进步性的重要标志。商法的原则涉及许多方面的内容，对于现代商法之进步具有典型意义的是传统商法中“私法自治原则”和“营利原则”的变化。

在大陆法系国家，传统商法是私法的一个组成部分，在英美法系国家中，虽然理论上没有严格的公、私法划分，但商法一直被视为调整私人经济关系的法律。由此，在西方，“私法自治”是各个国家传统商法

① 参见范健：《德国商法与德国商法典》，载《中德经济法研究所1991年年刊》，156页。

中普遍遵循的一个基本原则。“私法自治”是资产阶级革命时期为保护私人财产的绝对权利而提出的、调整财产关系的法律原则。它以对内“意思自治”和“对外契约自由”为基本内容，以个人意志对私人经济行为享有绝对支配权为基本思想。“私法自治原则”盛行于自由资本主义经济时代。它的理论渊源于自然法哲学，渊源于资产阶级革命时期的“自由”、“平等”、“天赋人权”和“私有财产神圣不可侵犯”等哲学信条，渊源于十七八世纪经济与法律领域中的“放任主义”（Laisscz—fairc）。当时，英国的经济学家李嘉图和穆勒父子，法国的萨伊和巴斯蒂亚，以及政治法律思想家边沁、德·根克维尔、塔尔德和斯宾塞等人，都竭力主张经济活动中的绝对自由权利和无限制竞争，主张法律及政治制度对个人意志的绝对保护。正是在这样一种政治、经济和法律思潮的引导下，以“契约自由”为核心的“私法自治原则”几乎在一切私法领域形成了这样一种人人必须遵守的法则：凡经过当事人自由意志所订立的契约，立法和司法机关就不应去干涉。① 相当一段时期内，直至第二次世界大战结束之前，在西方社会的经济活动中，人们完全确立了这一原则的不可动摇性。“私法自治原则”在传统商法中集中表现为以个性解放和政治自由为基础的“私人地位优先”之信条。第二次世界大战之后，伴随着社会政治、经济的变革，传统商法中“私法自治原则”所确立的信条受到了强烈的冲击。首先，经济环境发生了深刻变化。西方一些工业国家步人混合经济时期，公营企业增多，企业的国营和私营成分并存，从而使社会基本经济格局发生了改变；国家对经济活动干预的范围扩大，社会福利、公共或整体利益愈来愈受到更多的关注；社会对经济利益上的弱者的保护，也已成为建立新经济秩序的重要内容。其次，与经济结构的变革和社会变革相一致，传统的法哲学观念也受到批判。人们不再信奉个人在法律上的无限或绝对自由权利，更加珍视社会整体的利益或价值。在这样一种经济、社会和法律新思潮影响之下，反映经济放任主义的商事交易中的“私法自治原则”的合理性首先受到人们的怀疑，人们开始承认商事经营中绝对的平权理论完全是虚假的，经济利益上的强者在契约自由的幌子下，迫使弱者作出自己承担不公正法律义务的承诺的现象屡见不鲜。由此，从社会整体利益出发，不仅仅直接为了保护弱者，更间接为了公众利益，用社会公正观取代形式上的保

① Munchener Kommentar: Kommentar: Burgloches Gesetzbuch, Band I. S. 24 – 51. 1984. Munchen.

护个人绝对权利之公正观，则成为商法的一个重要原则和一大任务。这是商法的一大进步，这一进步是当代商法最突出的特点之一。[①] 正基于此，法学家们认为，现代商法已不再是传统意义上的纯私法，并不再是以个人利益之保护为第一前提和首要任务的法律，它已是一种特别私法，即掺和了许多公法性条款和内容的法律，是一种以私法为中心、公法和私法兼容的法律部门；"意思自治"和"契约自由"已不再是商法的绝对原则，相反，这些原则之适用必须以社会利益和社会效益为前提，只要商事交易中的当事人之意思自治违背了社会整体利益，国家的司法组织就可以、而且必须对其予以干预。传统商法中"私法自治原则"的这一改变，在整体上推动了商法体系和结构的变革，从而使商法不再仅仅是通过意思自治和契约行为所形成的当事人经济交往中表明平等权利关系的法律，而且还是借助于国家干预手段所实现的、调整商事交易主体平等权利关系的法律。

在传统商法中，与"私法自治原则"并驾齐驱的另一个重要原则是"盈利至上"。所谓盈利，是指商事经营者在从事其交易活动时，主观上必须确立盈利目标，即通过经营活动使收入大于支出，从而获取剩余额。由于传统商法以保护私营经济主体为出发点，商法所肯定的行为是以盈利为目的的经营行为。盈利的明确及其保护，不仅是商法的出发点，也是商法所期望达到的目的。在这样一种原则指导之下，行为人可以遵循"私法自治"精神，竭力追求盈利经营，并且在这种经营活动中，他享有较大的自治权利和较小的社会责任。由此，人们始终确信，盈利精神是传统商法最重要的特征，是商行为区别于非商行为、商法区别于其他法律部门最重要的标志之一。然而，如前所说，传统商法确立的盈利至上原则，是以私人对企业享有绝对支配和个体利益至上为基础和前提条件的。也就是说，这种法律原则存在的背景条件是：作为生产组织的企业，仅仅是一笔由私人所支配的财产，从某种意义上说，企业本身与社会大众是分离的，它仅仅通过并依赖于企业主，即私有者才参与了社会商品的流通与分配，并间接地对社会发生作用。如今，随着资本主义经济组织形式的高度发达，尤其当企业以股份公司方式渗透到所有产业部门，企业的身份、地位，企业在经济活动以至社会生活中扮演的角色则与以往大不相同，企业在国家商品的生产、流通、分配方面，

① 参见［英］克里夫．M．施米托夫：《经济变化中的商法》，载《法学评论》，1986（5）。

在人力和财力管理方面，都占有举足轻重的作用，成为国民财产的管理者，成为一个社会提供国民所需要的商品和劳务的场所。由此，企业已不再是一种纯私人的东西，不再是纯粹为其所有者追求个人利益的手段，它已在某种意义上从个体中独立出来，具有了不完全与所有者密切相关的独立存在的价值。它已更多地具备了公共职能，并在一个国家的政治、经济和社会稳定方面发挥着比以往任何时候都重大的作用。正因为这样，企业的社会责任愈来愈受到人们的重视，企业不仅要对其成员、从业人员、产品的消费者负责，还必须对全社会承担责任；企业不可以为了自己的利益牺牲社会利益，相反，它应以社会责任为第一己任，在发展社会中发展自己，有时甚至为了社会而牺牲自己。在上述思想指导之下，传统商法理论中利润第一、盈利至上的原则在一定程度上遭到否定。相当一部分法学家认识到，盈利虽然是商法所保护的商事经营活动的重要特征，但已不是最高目标，法律必须尽最大可能去阻止那些不公正或对他人及社会产生消极影响的盈利行为。与此同时，大量的与传统商法中盈利至上精神相悖的商事特别法，如不正当竞争法、消费者保护法、工商经营权利法等等纷纷出台。正是传统的盈利至上原则的改变，从面使商法的范围日益扩大，体系日益完整，并且它已不再是纯私营企业或商人的法律，相当一部分公营企业也可以同样适用该法律。

四、商法渊源及体系之扩大

商法的渊源又称为商法的表现形式，它是对商事行为具有约束力的法律规范效力的重要来源，是商事经营活动的法律依据。在传统商法中，商法的渊源主要为商事制定法、商事判例法、商事习惯和商事学说。其中在大陆法国家中，具有重要意义的是以商法典为代表的商事成文法，至于商事习惯在何种情况下具有效力以及效力的范围怎样，通常，商法典和商事法规都对具体情况作出不同规定。与此同时，在大陆法系的一部分国家中，商法学理论著作、百科全书、法律期刊，以及关于商法典和其他商事法规的学理评纂，在商事交易的法律运用中也具有一定的指导意义。面与不成文法国家相比，司法报告、判例的作用，在成文法国家商事交易中的法律效力要差得多。在英美法国家中，虽然从传统的角度来看，商事判例法和商事习惯法对商法具有第一重要的法律

意义，商法理论或学说在法律适用时也能发挥一定的作用，但在20世纪之前，英美国家就已经出现了大量的商事单行立法。因此，商法领域与其他法律领域不完全一样，成文法同样扮演着十分重要的角色。

在传统商法中，由于商事规模的局限，主要是商事组织形式单一，通过个人意思自治所产生的约定，虽然能够受到法律保护，但这样一种约定形式还处于简单形态，尤其在商事交易中，约定的表现形式还未达到高度的严谨、完整和规范化，因此，它虽然能够得到法律的绝对保护，但它本身并未能被人们视为在适用时与法律规范具有同等效力的法律渊源，没有形成完整形态的商自治法，没有能够使人们从法律渊源的角度引起高度重视。20世纪以来，随着社会经济的进步和经济规模的扩大，尤其伴随着社会经济组织形态和结构的完善，经济组织内部制度的日益健全，以及经济组织对外交易手段的发达和多样化，商事自治法亦随之发展成为商法的一个重要法律渊源。

传统商法在体系上主要包括商身份法和商行为法两大内容。商身份法则包括商人的概念或种类；商人资格之取得，即商事登记；商人名称，即商号；商人财产管理，即商事簿记；商人权利之委托，即经理权、代办权；商人的特殊形式，即从事辅助性行业的商人，如代理商、居间商；此外，还涉及商人资格或身份的补救措施或不完全形态，如表见商人、拟制商人或小商人等。商行为法主要涉及一般商行为和特殊商行为。一般商行为主要包括商事物权、商事债权、商事交易中的计算方式等内容，特殊商行为则包括商事买卖、商事代理、居间、信托、运输、仓储、银行、票据、保险及海商等内容。传统商法体系不仅与自由市场经济原则相一致，同时也表现出经济规模的局限性和不高度发达状态。进入20世纪之后，尤其在20世纪下半叶，现代商法在体系上打破了传统商法的格局，它已不再局限于商身份法和商行为法两个方面，而是形成了商事身份法、商事组织法、商事管理法、商事行为法、商事秩序法这样一个商法体系。商法已不仅涉及商人身份，更规定了商事经营机构的组织程序与结构，如企业法、公司法等以更加完整的形态加入到商法行列之中；商法不仅确认了商行为的种类、范围、法律效力，而且规定了对行为者和行为本身的管理措施，如产品责任法、消费者保护法、工商经营权利保护法等等；此外，建立理想和完整的商事法律秩序也成为商法的一项主要内容，为此，许多国家都制定了与完整形态的市场秩序相关的反不正当竞争法、反垄断法以及其他的商事责任、商事制裁及商事仲裁程序法。

在商法体系扩大的同时，世界不同国家商法本身的结构，尤其是商法典的结构、商法中各具体的部门法或特别法的形式等等，也出现了多样化倾向。例如，《法国商法典》与《德国商法典》相比，在结构上不一样，《日本商法典》与《德国商法典》相比，在内容上也有很多不同。至于《美国统一商法典》与其他国家商法典，更是大相径庭。此外，各国商法，尤其是商法典的内容也在随着时代的发展而不断更新。以《德国商法典》为例，20世纪以来，比较重大的修改就有股份公司法从商法典中独立出来，海商法与商法典中的其他部分分离开来，而有关商事代理、商事簿记的内容则被大量兼并到商法典中，《德国商法典》（不包括海商法在内）20世纪以来就修改41次。[①] 由此可见，商法部门在体系上并没有一个统一的、固定不变的模式，它总是根据各国具体情况，并随着各国经济和文化的发展而不断丰富和改变。在这种意义上可以说，20世纪的世界并没有统一的商法模式，只有各国具体的商法部门。这种商法的多元化，是社会经济和文化以至于政治多元化的必然结果。

五、商法的国际化倾向

20世纪的商法，在体系、结构、商事法规内部部门划分等方面形成多元化的同时，又出现了商法的原则、规定、概念、术语以至操作规程的统一化和协调性，它们从另一个方面推动了商法的国际化。

从历史角度考察，商法本身就具有消除国家之间壁垒、促进民族和谐与统一这样一种功能。人们甚至曾经把商法看成是推动国家统一的杠杆。[②] 我们知道，从中世纪到近代，在相当一段时期内，欧洲处于封建割据状态，除了战争的强权掠夺，首先是贸易打开了国与国之间交往的大门，随后，又通过不同小公国之间贸易法规的协调来消除因割据状态而给经济发展造成的困难，最后，通过统一商法典和商事法规的制定来推动或巩固民族的统一。19世纪的法国和德国几乎都同样经历了这样

① 参见德国《经济法规汇编》（wirtschaftsgegetz. vet-Lag. C. H. Beck — Textsammlung fur Jurister and Wirtschaftsfachleute）第20篇关于商法典修改情况的序言。

② Heyman Kommentar; Handelsgesetzbuch, S. 59— 65. 1989. Munchen.

一个过程。与 19 世纪商法促进国家统一进程相比，20 世纪的商法主要在促进国内市场和国际市场的统一方面，发挥着极其巨大的作用。前者主要表现为《美国统一商法典》的制定及其在绝大多数州的适用。有的学者称它的诞生是对 20 世纪世界商法的一大贡献。① 后者主要表现为欧洲共同体商事法规、国际区域商事法规及一大批国际商事法规的制定。学者们同样认为这些法律是 20 世纪世界商法的杰出发展。②

其实，现代商法的国际化倾向早在 19 世纪下半叶就已经开始。从 19 世纪下半叶到 20 世纪上半叶，商法在传统的基础上不断完善，各个国家内部统一的商事买卖、公司、票据、银行、运输、保险等法规不断制定，而这些法规所涉及的交易领域本身就具有较强的国际性，这样，伴随着国内法的完善，为消除不同国家之间商事法律冲突的国际商事立法亦相应发达起来，大量的国际商事实体法和国际商事程序法纷纷颁布。然而，到了 20 世纪下半叶，各国国内商事法体系范围有了新的扩张，尤其是借助于国家手段干预商事活动的法律增多，如消费者保护法、竞争法、价格法等等，这些法律一开始都属于国内法问题，在国际商事交易中不大适用，由此一度导致了国内商法与国际商法的新分离倾向。随着跨国企业的增多，尤其随着近年来世界经济的大融合，这方面的协调也被人们提到议事日程之上。今天，在跨国企业及其破产、限制竞争、消费者保护、价格政策、产品责任及贸易仲裁等方面，通过国际立法所取得的成就也日益明显。尤其在国际经济区域内部，如欧洲共同体、北美经济圈、南亚六国联盟等范围内生效的国际性立法更是取得了突出的成就。

在 20 世纪以来的商法国际化趋势中，通常采取的做法主要为三种：第一，在制定本国商事法规时，尽量参照国际惯例和外国商事法中的成功经验。例如，日本在 20 世纪初制定本国商法典时，大量借鉴了德国和法国的经验；而在 20 世纪下半叶修改和制定公司法、竞争法、产品责任法等方面，则大量吸收了美国的经验。同样，《美国统一商法典》的制定，在一些重要原则上，也大量吸收了德国和欧洲其他国家法律中的经验。第二，通过国与国之间的贸易协定和国际经济区域范围内的统一贸易政策，协调各国商法，促进商法的统一进程。在这方面，欧共体取得了相当的成就。第三，通过一系列有关国际组织，积极制定国际范

① 参见［英］克里夫．M．施米托夫：《经济变化中的商法》，载《法学评论》，1986（5）。
② 参见［英］克里夫．M．施米托夫：《经济变化中的商法》，载《法学评论》，1986（5）。

国内的商事实体法和商事程序法，以全面加速商事法的国际化进程。

由此可见，商法的国际化倾向已成为现代社会经济发展的一个主流。重视这种趋势，加速本国商事法的创新和完善，对于一个国家积极参与世界经济大循环，有着极其重要的意义。

六、小结

20 世纪世界商法之进展表明，今天，商法并没有像有些人所说的那样正一步步走向衰落，相反，它不仅在各国法律体系以及国际法律秩序中占有重要地位，发挥着杰出的作用，而且，它正随着时代的发展不断更新和完善自己。这表明，只要一个社会还存在着商品经济，还需要借助市场手段刺激和稳定经济的发展，只要还需要适用法律手段保护和调整市场活动参与主体的正当权利，商法就永远不会失去它的价值和意义。

第六章

当代主要商法体系

在当代法律中，没有哪一个法律部门像商法这样，在不同国家的法律体系中的地位存在着如此巨大的差异。在大陆法系国家，商法不仅具有完整的理论和特定的调整对象，而且是一个实体法律部门，在本国法律体系中享有与民法、刑法等同等的地位；在英美法系国家，虽然立法上，商事法规不像大陆法系国家那样统一，但是，作为一个相对独立的法律领域，商法方面的立法成就远远高于民法和其他法律领域，而且有着比民法更为完整的理论体系。然而，在社会主义国家，如苏联和中国，商法似乎一度已是被人们忘却的角落，不仅仅普通公民，甚至一般法律人士，对商法的概念都是陌生的，各种商事法规都被统一地概括为经济法；不仅没有被人们普遍认可的相对独立的商事法律部门，而且缺乏相对独立和完整的商法理论。今天，当社会主义的经济体制改革急切呼唤着借鉴发达国家的法制经验，完善和建立与市场经济相适应的法律体系时，对当代主要商法体系进行一番考察，无疑有着极为重要的意义。

一、大陆商法

当今，大陆商法是世界商法中最完善、也最有典型意义和世界影响的商法体系，它是大陆法系国家（地区）商法制度的总称，包括德国、法国、日本、意大利、西班牙、葡萄牙、瑞士、奥地利、比利时、卢森堡、希腊、土耳其、丹麦、挪威、瑞典、巴西、阿根廷与中国台湾地

区，以及其他南美洲和部分非洲国家的商法。大陆商法的直接历史渊源可以追溯到中世纪，而它的间接历史渊源则可以追溯到古希腊、罗马时代。[①] 大约在中世纪中期，伴随着海商异地贸易规模的扩大，城市商埠的建立，尤其是商人阶层的形成，一种以特定的商人身份为调整对象的商人法在欧洲出现，这便是现代大陆商法的雏形。到了中世纪后期和近代初期，随着资本主义经济的繁荣，生产和贸易的种类及规模的扩大，以及在近代资本主义平等思潮影响之下，一个以商行为为商法的调整对象，即用商行为法取代商人法的倾向在欧洲大陆出现，并在此基础上建立了相对独立的商法理论，它标志着现代商法在体系上已初具形态，形成了大陆商法的基本特征——由商法典和商事成文法规为主要法律渊源。

从17世纪末期，法国国王路易十四颁布《商事敕令》和《海事敕令》这两部最早的商事法典以来，虽然大陆法各国在商法领域中共同遵循着制定成文法这一根本途径，然而，由于政治、经济，尤其文化背景的影响，不同国家在建立本国商法体系中所走的道路差异很大。

在大陆法国家，商法的概念通常应从狭义和广义两个方面去理解。在狭义上，商法仅仅指商法典及其附属法规，如商法典施行法等等。而在广义上，商法则包括全部商事法律部门，它不仅包括商法典，即商人身份法和商行为法等内容，而且包括与商事经济密切相关的各种法律，如公司、票据、银行、保险、运输、代理、信托、消费者保护、工商权利保护等等，在有些商法学著作中，它甚至包括劳工法、破产法、反不正当竞争法等内容。[②] 与上述情形相应，商法在表现形式上也必须从两个方面去认识。一方面是形式商法。这类商法是指在一个国家中，不仅存在着一系列商事单行法规，而且存在着以商法命名的法典，商法与民法完全分离。另一方面则是实质商法。在这类商法中，不存在以商法命名的商事法典，仅仅存在着一系列单行法规，而有关商事交易中的一般原则，主要被归纳在民法典之中。上述两种不同的商法表现形式，形成了大陆商法体系的分流。奉行形式商法的，导致了民商分立的法律体系格局，它们主要有德国、法国、日本、奥地利、比利时、荷兰、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、土耳其、埃及、巴西、智利、阿根廷以及

① 参见范健：《商法探源》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》，1991（4）。

② 参见［德］Beck－Texte编：《商法典及商事法规汇编》，24版，序言，"HGB"，13页，慕尼黑，1990。

亚、非、南美许多国家，它们占大陆法国家的绝大多数。几乎所有的原社会主义国家，在进入社会主义的经济模式即社会主义国家建立之前，都曾一度奉行民商分立。奉行实质商法，并导致民商合一商法体系格局的很少，主要有意大利、瑞士、瑞典、芬兰、丹麦、挪威等国，以及我国台湾地区。[1] 不过，无论在奉行民商分立还是奉行民商合一的大陆法国家中，商法都是一个独立的法律部门，在理论上都有自己完整的体系。奉行民商合一的国家，虽然没有独立的商法典，但是，法律规范中有关商法的内容，常常作为相对独立的篇章而被兼并或附录在民法典之中，它本身未能达到民商法的融合与协调。此外，无论奉行民商分离还是民商合一，在不同国家中，关于商法的概念、原则以及其他许多方面也存在着颇为明显的差异。在德国，商法是"适用于商人的特别私法"；在日本，商法是"有关商事的特别法规"[2]。德国商法奉行主观主义原则，即商法以商人为调整对象，只要是商人所从事的活动，都可以适用商法上的规定。受德国商法法系影响的国家主要有奥地利、瑞士、土耳其、日本等国。它们形成了德国商法圈。与德国商法相反，法国商法奉行客观主义原则，即商法以商行为为调整对象，只要行为人从事的活动是商行为，他就是商人，他的行为就可以适用商法上的规定。受法国商法法系影响的国家主要有比利时、荷兰、卢森堡、意大利、希腊、西班牙、巴西、阿根廷等国。它们形成了法国商法圈。[3]

从比较法的角度看，在大陆商法研究中颇具重要理论和实践意义的是大陆商法的法律渊源问题，它是大陆法系商法与其他法系商法相区别的重要标志之一，也是在与大陆法国家进行商事交易中需要重视的法律问题之一。

大陆法国家的法学家们普遍认为，大陆商法的法律渊源主要是商法典及其附属法规、商事单行法规、商事习惯法、商事判例法、商事习惯。不过，在实际生活中，上述几种法律渊源实际产生的法律效力，即商事法律的约束力差异很大，并且它们生效的方式也颇不一样。

商法典及其附属法规、商事单行法规是大陆商法中最主要的法律渊

---

① 参见［德］Gieker，Sandrock：《商法与经济法》（Handels—und Wirtscha -ftsrecht），9版，84～103页，慕尼黑，1975。

② 范健：《德国商法与德国商法典》，载《中德经济研究所年刊》，第2期，南京，南京大学出版社，1991。

③ 参见［德］Gieker，Sandrock：《商法与经济法》（Handels—und Wirtscha—ftsrecht），9版，101页，慕尼黑，1975。

源，这与制定法在大陆法中的地位相一致。将制定法作为商法的渊源，虽然其现象在中世纪就已经出现，并且可以从古罗马法律中寻找到它的理论依据和历史踪迹，但是，它作为商事法律基本制度而被确定下来，即商事制定法地位的巩固及其决定性胜利，则是19世纪的事情。在19世纪以前，商法领域，包括国际贸易法领域中，商事习惯法、商事判例法、商事习惯、商事协约、商事法律学说等等，都是十分重要的商法渊源。在欧洲大陆，生活在不同地区的人们，对于按照商事制定法来解决商事纠纷，并没有形成统一的认识。当时虽然已有相当一部分商事制定法，但由于小国林立，国家不统一导致了法制的不统一，不同国家之间所制定的商事法规彼此之间差异很大，而商事交易常常是跨国或跨地区的交易行为，由此，从事商事交易的人们相信商事习惯、商事习惯法和商事判例法的合理性与公正性。伴随着国家统一的进程，蓬勃于19世纪的商法典编纂运动为大陆法国家中商事制定法地位的提高立下了汗马功劳，它从根本上改变了大陆法国家的人们，尤其是法学家们对商事制定法的观念。今天，人们普遍认为，在商事权利的保护中，法官或法学家要找到法所要求的、合乎正义的解决办法的最好途径，就是以法律条文为依据。正是基于这一基本思想，制定法在大陆商法中居于至高无上的地位，无论商事习惯法、商事判例法还是商事习惯，都不能与制定法相冲突，它们至多起到补充商事制定法或解释商事制定法的作用。①

从商事制定法体系上看，在大陆法国家，商法主要包括商法典及其附属法规、商事单行法规、国际商事法规。在商事法规彼此关系上，国际商事法规是商事单行法规的特别法，商事单行法规是商法典及其附属法规的特别法。在民商分立国家中，商法典被视为民法典的特别法；在民商合一国家中，商事单行法规被视为民法典的特别法。② 根据特别法的效力高于普通法这一原则，在商事法律适用中，则应遵循国际商事法、商事特别法、商法典及其附属法规、民法典这样一种顺序。20世纪上半叶，随着商事单行法规和国际商事法规的增多，曾一度出现商法典分裂或瓦解的趋势，一部分法学家也曾因此而为商法典的地位和价值

---

① 参见［德］Karsten Schmidt：《商法》（Handelsrecht），3版，22页，慕尼黑，1987。

② 民法典是否是商法的渊源，这在大陆商法理论中存在着争议。一种观点认为，商法是民法的特别法，商法中未作出的规定，在适用时可以依据民法典，因而，民法典也是商法的渊源之一。另一种观点认为，正如宪法是全部法律的普通法一样，民法是私法的普通法，从划分法律部门的意义上，它不应被视为商法的渊源。

担忧。到了20世纪下半叶，首先在欧洲大陆，由于欧共体统一政策的不断出台，遵循欧共体统一要求而修订本国商法典和商事法规的行动，在很大程度上提高了商法典的地位和作用，因而，德国和法国的许多法学家们认为，由于区域国际经济和贸易的发达，商法典的强化趋势在今天表现得比20世纪的其他任何一个时期都更为明显。[①]

商事习惯法是大陆法国家商法中仅次于制定法的另一个重要法律渊源。在大陆法国家的法哲学理论中，法律被分为客观法和主观法两大类。在客观法中，通过成文法规明确表示的规则被称为制定法成文法律规范；而由长期使用的习惯所形成的法律规则，被称为习惯法。[②] 大陆法系国家中的商事习惯法，在形成方式上与商事制定法一样，必须通过立法机关的有效活动而产生，即通过立法机关对商事习惯所作出的具有法律效力的确认而产生。因此，西方法学家们认为，它是包含了“有效法律意志”的一种特殊习惯，它可以独立地作为商法的一部分而发生效力。[③] 虽然在大陆法系中，较其他法律部门而言，商法中的习惯法在法律适用中更为普通，但是，商事习惯法一直被视为习惯法的一个部门，在法律地位上，它本身并没有更多的特殊性。[④]

在大陆商法中，与商事习惯具有同等意义的另一个法律渊源是商事法官法，即商事判例法。[⑤] 判例法与习惯法一样，这两个词本身在大陆法和英美法中的含义不可相提并论。在大陆法国家，判例对于法官处理同类案件不具有法律约束力，这是人们的共识。然而，商事判例对法律研究起到什么作用，这却一直是人们争论的问题。许多学者认为，法院，尤其是高等法院的商事判例被汇编成册，并由法学家们从中归纳出一系列具体问题上的一般原则，并由此而推动商法典和商事单行法规的修订，这本身就意味着法官在制造法律，它使商事成文法更加切合现实生活，是法律进步的一种表现。同时，学者们又认为，法院不能简单地

---

① 参见［德］Karsten Schmidt：《商法》（Handelsrecht），3版，19页，慕尼黑，1987。

② 参见［德］Greifelds编：《法律辞典》（Rechts—worthuch），10版，“Recht”词条，慕尼黑，1990。

③ 参见［德］Karsten Schmidt：《商法》（Handelsrecht），3版，18页，慕尼黑，1987。

④ 参见［德］Fikentscher：《法律的方法》（Methoden des Recht III），第3卷，691页，慕尼黑，1976。

⑤ 参见［德］Larenz：《法学方法论》（Methodenlehr des Rechtswissen schaft），413页，柏林，1983。

认可或适用判例，而需要通过一定的方式将商事判例规则宣布为法律。关于这方面的观点，当代德国著名商法学家卡尔斯腾·施密特（Karsten Schmidt）在他的原著《商法》一书中这样写道：如果法官在案件审理中适用判例，那么，这种任意性的法律规则很可能与立法者的思路相冲突。并且，权利主体之间冲突规则的确立，以及特定权利主体之权利授予，这是立法者的任务，而不是法官的职责。当然，编纂成法典的法律欲要在体系上达到最终的完善，仅仅由立法者单方面的努力，无疑是难以胜任的。它还需要借助于审判实践以及与审判实践相关的理论研究。从审判实践经验中推导出的理论研究成果，可以受到普遍认可，并引起立法者的重视。通过对判例认真负责的“审查”，只有那些成熟和完整的法律规则才能被立法者接受。① 商事判例中的一般规则及在其基础之上的研究成果被宣布为法律，它实际上是填补了商事制定法在制定时所遗留下的缺陷或不足。当然，在大陆商法中，商事判例规则被上升为法律的过程中，需要遵循的原则是，它不能妨碍原有商事制定法的贯彻执行。②

在大陆法中，与商法渊源相关的还有商事交易习惯、商法学说、一般商事交易通行规则等等，它们本身并不是商法的直接法律渊源，在商法中的地位也不像前面所叙述的那样重要。不过，如果法律中有明确规定，在具体商行为中，它们也可以成为法律渊源的一个部分；在通常情况下，它们更多地在契约和法律的解释方面发挥作用。③

二、英美商法

英美商法是现代商法中与大陆商法相对应的另一个商法体系，是英美法系国家中商事法律制度的总称，它包括英国、美国、澳大利亚、加

① 参见［德］Karsten Schmidt：《商法》（Handelsrecht），3版，21～23页，慕尼黑，1987。

② 参见［德］Larenz：《法律解释与法官的法律修养之间的关系》（uber das verhaltnis von interpretaion und richterlicher Rechtsfortbildung），载 Festschrit Olivecrona 文集，384页，斯德哥尔摩，1964。

③ 参见［德］Karsten Schmidt：《商法》（Handelsrecht），3版，21～23页，慕尼黑，1987。

拿大、印度，以及其他原英属殖民地国家，如新加坡、马来西亚等国的商法。在英美法系国家，虽然有许多以商法命名的教科书和理论著作，但是，商法是怎样的一个独立的法律领域及其概念和范围，法学家们对此仍无一个完全一致的看法，这与英美法系本身的特点及其历史传统有着直接的关系。

当代英美商法渊源于英国商法，而英国商法则是中世纪盛行于欧洲的商人法与英国传统的判例法相结合的产物。早在中世纪中期，伴随着海商和异地贸易而出现的商法，从一定意义上说，最初是一种跨国界的世界性商法。在相当一段时期内，这种以商人身份为特定调整对象的商法，对于与商人相关的各类商事交易行为无所不包，并且对参与交易活动的所有当事人都适用。① 这种法律在称呼上与现代英美国家所使用的商法一词（Commercial law 或 Mercantile law）也不一样，它被称为"Law merchant"，即所谓"商人惯常法"②。到了近代，由于资本主义初期贸易保护主义盛行，欧洲地区的民族国家纷纷制定自己的商法，并将传统商法纳入本国法范围之内，以保护本国的贸易利益。正是在这种背景之下，在英国，传统商法被纳入普通法体系之中，传统商法中的成文法内容逐渐减少，判例法和习惯法内容日益增多。对此，英国法学家布罗克内尔认为，在这方面，当时的英国大法官路德·马斯弗尔德发挥了杰出的作用，他所作出的创造性工作为这种"兼并"产生了具有历史意义的影响。③ 正如普通法一样，以判例法为主体的英国商法之所以后来能够发展成为具有世界影响的商法体系，无论英美法学家对它的一定程度上的合理性作了多少论证和辩解，它本身的传播与发展，不能不看成是那一段历史的偶然结果，不能不看成是殖民掠夺和强权政治的孪生物。因此，在随后的岁月中，面对着迅速发展的国际商事规则的统一和世界商法的日益协调，英美商法不得不对传统的判例法格局进行重大更新。今天，当人们想了解英美法国家的商法时，已不能简单地用传统普通法的观念来认识它，它已在很多方面兼容了大陆成文法的因素。

---

① 参见［德］Volker Triebel：《英国的商法与经济法》（EnglischesHandels—und wirtschaftrecht），26 页，海德堡，1987。

② 余文景编译：《简明英国法律词典》（A concise Dictionary of English Law），"Law merchant" 词条，香港，1980。

③ 参见［英］PLucknell：《普通法简史》（A Concise History of the Common Law），657 页，伦敦，1956。

由判例法这一历史传统所致，在英美法律体系中，法律部门是一个十分模糊的概念，人们很难对其进行颇为明确的划分。因此，商法的概念和范围，不仅法官们对其没有一个统一的观念，而且法学家们的商法理论著作中，其表述也颇不一致。英国法学家西斯蒙认为，商法是英国"总的法律中的一个部分"[①]。法学家米特霍夫认为，商法是指对商事交易具有特殊意义的法律的总称，它包括商事契约、合伙、公司、代理、票据、银行、保险、运输、仓储、商事买卖、破产、专利、商标、商事惯例，以及商事交易中留置、抵押等商事债权。[②] 英国法学家沃克则认为，商法是一个相当不确定的一般性术语，它用来指与商事有关的各种法律，如合同、代理、买卖、流通证券、产权文据，以及破产等等。[③] 英国商法学家肯耐特·史密斯和丹尼斯·凯南在他们合写的《商法学》一书中，将商法的体系和范围归纳为以下几个方面：商事契约、代理、买卖、分期付款、消费信贷合伙、商号、公司、票据、破产、保险、担保与补偿、商事仲裁。[④] 与英国商法相比，在普通法体系中，美国商法更难以令人捉摸。这不仅仅由于传统美国商法深受英国普通法的影响，同时又开拓了一条与英国法不完全一致的道路，而且美国法长期以来极不统一，相对独立的各州立法和司法制度彼此差异很大，致使法律表象显得扑朔迷离。今天，当一般人谈起美国商法时，从狭义上，商法则是指已在美国绝大多数州适用的《美国统一商法典》；从广义上解释，这个概念则众说纷纭。美国出版的享有较高权威性的布莱克法律辞典指出，商法是调整商事法律关系的全部法律制度的总称。[⑤] 而美国法学家马克斯·赖因施泰因在为《国际比较法百科全书》撰写的词条中则认为，在美国，商法是指那些与商人相关的法律。[⑥] 至于商人，按照《美国

① 上海社科院法学所编译：《各国宪政制度和民商法要览》，欧洲分册（下），422 页，北京，法律出版社，1986。

② 参见［英］C. M. Schmitthoff：《商法》（Mercantile Law），12 版，第 1 章，伦敦，1971。

③ 参见［英］沃克主编：《牛津法律大辞典》，中文版，"Commercial law" 和 "Mercantile Law" 词条，北京，光明日报出版社，1988。

④ 参见［英］Kenneth Smith，Denis Keenan：《商法学》（Mercantile Law），5 版，伦敦，1983。

⑤ 参见［美］《布莱克法律词典》（Black's Law Dictionary），5 版，"Commercial Law" 词条，美国，1979。

⑥ 参见上海社科院法学所编译：《各国宪政制度和民商法要览》，美洲、大洋洲分册，226 页，北京，法律出版社，1986。

统一法典》的解释，是指具有商业专门知识和技能的人。[①] 可见，就商法的概念而言，美国人与英国人的认识不完全一样。在英美法系的其他国家，如加拿大、澳大利亚、新西兰、马来西亚等国家的法律中，商法的概念也是很不统一的，商法调整的范围也未获得完全一致的认识。不过，尽管在英美法系中不存在商法部门的划分，关于商法的认识也未能达到完全一致，但是，商法作为一个相对独立的法律领域，作为一种专门的、具有相对独立性并能自成体系的法律制度，则一直为人们认可，并获得了法学家们的共识。法学家们不仅承认商法的存在，承认对商法进行专门研究的必要性，而且，他们通过一系列教科书和学术著作，构成了比较完整的商法学理论体系。与其他法律领域相比，商法的独立性在此所取得的成就是颇为明显的。也正是这种理论成就，自上世纪以来，大大推动了商法的发展与进步，促进了英美法系国家商法典及一大批商事单行法规的诞生。这些商事制定法是英美商法在当代发展的杰出成就，它标志着英美商法在体系上的日趋完善。

正如大陆法系中，不同国家的商法之间存在着明显的差异，在英美法系中，这种差异也是颇为明显的。以英国和美国为例，不仅关于商法的概念，它们之间存在着前面所叙述过的不一致性，而且，美国制定有统一商法典，英国却没有；美国商法中有比较明确的商人概念，英国则没有；英国商法在适用上高度统一，美国商法却与之相反，商法的许多领域中，不同的州可以各行其是；英国商法更注重于商事判例法的作用，美国人在这方面的观念却相对淡漠得多。不过，从总体上看，它们之间的差异与其共性相比，又是微不足道的。

今天，当人们从世界商法体系的角度来把握英美商法体系时，同样首先应引起关注的是英美商法的法律渊源问题。

在传统英美法中，商法的渊源主要为商事判例法、商事习惯法、商事习惯、商事协约及商事法律学说。近一百年来，由于商事判例法的大量出现，制定法则成为商法的另一个不可忽视的法律渊源。如今，当人们看到英美法国家大量的商事单行法规已颁布，自然会提出制定法与其他法律渊源之间的关系问题，即在法律适用上，是否制定法优先于商事判例法或商事习惯法。关于这个问题，人们不能用大陆法中的观点来理解。在大陆商法和英美商法中，商事制定法的地位是不一样的。

① 参见《美国统一商法典》(Uniform Commercial Code) 第 2 篇，第 2—104 节。

尽管在英美法系国家中存在着大量的商事法规，即商事制定法，但是，商法的第一渊源，也是最主要的渊源，依然是商事判例法，即所谓由法官所创制的法律。这种法律是从司法判例中所归纳出的法律原则或法律规则，是对以往法院或法庭针对具体案件作出的判决的一般或抽象的概括。“在处理商事案件中，判例法确立了商法中最重要和最基本的原则，这些原则，成文法规通常没有涉及到，或者仅涉及到一部分”①。此外，在英美法系中，通常情况下，立法机关所创制的法律和条例，仅仅是对判例法的一种补充，这不仅在英国及英联邦国家，而且在对普通法作了很大改进的美国同样保留着如此情形。② 正是这样，当一个英美法系国家的商法学家从事法律实务时，仅仅了解现有的商事法规是远远不够的，他还必须熟记重要的案例，他要知道案例的名称、内容、裁决的年月、法院、法院的等级、甚至法官的名称，因为这些都直接影响着该判例的实际法律价值，影响着引用与该案件相关的法规的实际意义和效果。③

判例法在英美商法体系中居于至高无上的地位，这是毋庸置疑的，然而，商事制定法在商法渊源中今天也已扮演着举足轻重的角色，这同样不可忽视。与民事、刑事及其他法律领域相比，商事制定法在商法中的地位尤为突出和重要。不过，尽管英美法系国家已经编纂了大量的商事法典、法规，但是，这种制定法的规范化和体系化与大陆法国家法规汇编和法典编纂相比较，其意义和法律效力不可相提并论。它没有全面地和系统地对商事法律领域中的各种问题作出广泛的规定，没有涉及编纂法典所应涉及的全部内容，而仅仅涉及其中的一部分问题，即仅仅归纳了现行判例法中的一部分规则，它的目的在于使法官执行判例法时更为简便，使法官从相互冲突的判例中更迅速地找到正确的法律原则。④ 由此可见，包括《美国统一商法典》在内的英美法系国家的各种商事制定法本身来自于判例法，又服务于判例法。⑤ 因此，正如一位大陆法系的商法学家评价所言，英美法国家的商事制定法，“表明了一个对大陆

① [德] Volker Triebel：《英国的商法与经济法》(EnglischesHandels -und wirtschaftrecht)，18 页，海德堡，1987。

② 参见 [法] 达维德著，漆竹生译：《当代主要法律体系》，381 页，上海，上海译文出版社，1984。

③ 参见 [德] Volker Triebel：《英国的商法与经济法》(EnglischesHandels -und wirtschaftrecht)，25 页，海德堡，1987。

④ 参见 [英] Cross：《法规解释》(Statutory Interpretation) 第 2 章，伦敦，1976。

⑤ 参见 [美] 哈伊著，沈宗灵译：《美国法律概论》，78 页，北京，北京大学出版社，1983。

法学家颇为陌生的逻辑推论：制定法仅仅可以以判例法为背景来理解；首先是判例法，而不是制定法"[1]。英美商法中判例法与制定法之间的相互关系，形成了一种法律进展中的特殊的方法或技术，即从一般的法律原则出发到尽可能公正的判例法的产生，再到更多的立法定义或法律规则。只有当法规的条款十分明确时，立法者又可以阻止法官对商事制定法作出任意的解释，否则，法官可以凭以往的判例或原则来重新解释已制定的商事法规。[2]

法官对法规享有较大的自主解释权，这是英美法的一大特点。不过，在解释国际商事条约和国际商事惯例时，法官所享有的权限仅仅局限于文字解释。除此之外，他们最多可以通过一种商事法律解释来填补国际商事法律中的漏洞或空隙。

除了上述所说的判例法和制定法之外，在英美商法中，商事自治法，即企业或商事团体的章程、商事交易主体之间所缔结的协议，以及商事法律学说中所阐述的一般法律原则等，也是颇为重要的法律渊源。相反，商事习惯并不能独立地成为法律渊源，它并不像大陆法学者所想像的那样在法律渊源中占有重要地位；只有当商事习惯被法院认可，它才具有法律效力，不过，此时它已不再是商事习惯，而成了判例法的原则，成为判例法。[3]

三、社会主义商法

在商法体系的比较研究中，阐述社会主义商法是最为困难的一件事情。这不仅因为在社会主义国家很少有以商法命名的法典，很少有引起人们高度重视的并被人们普遍接受的商法学著作，而且有的法律体系，包括商法体系以至于观念，正在寻求着一种突破性进展，同时，这种突破之后的格局又仍未形成。不过，正是在这种法律抉择的十字路口，从

① ［德］Volker Triebel：《英国的商法与经济法》（EnglischesHandels—und wirtschaftrecht），22页，海德堡，1987。

② 参见［德］Volker Triebel：《英国的商法与经济法》（EnglischesHandels—und wirtschaftrecht），26页，海德堡，1987。

③ 参见［英］Cross：《证据》（Evidence），4版，538页，伦敦，1974。

深层的历史和文化背景中对社会主义商法的传统理论和观念以至结构模式进行一番考察和反思，对今后社会主义法制的健康发展无疑有着深远的意义和重大价值。

社会主义国家有没有商法，这与有没有独立的商法部门是两个不同的问题。正如大陆法系和英美法系的不同国家法律中关于商法的概念定义颇不一致一样，社会主义国家的商法及商法部门的概念也只能从其自身的法律体系或法律文化背景中去理解。从狭义上讲，社会主义商法主要指社会主义国家制定的商法典和商业单行法或专门法规。其中，民主德国和罗马尼亚保留有商法典，而其他各社会主义国家几乎都不同程度地制定有专门的商业单行法规。正是这些商法典和商业单行法规构成了社会主义国家特有的、狭义上的商法部门。从广义上说，商法则包括各类与商事交易相关的法律。虽然多年来社会主义法学理论中未能普遍承认这种广义上的商法概念，但是这些法律，或者实际上已经存在，而只是被兼并在经济法或其他法律之中，或者由于经济等方面的原因，它还未孕育成熟。无论它在理论上的地位及其独立性怎样，正如苏联法学家 B. A. 亚泽夫所言，它们在客观上已构成了一个综合性的商法部门。① 不过从严格意义上讲，传统的社会主义国家的商法只是一种商业行政法，并且，它在大多数社会主义国家中没有自己独立的完整体系和理论。② 传统社会主义商法的这种历史状况，有着很深的历史背景。

对社会主义商法及其理论产生重大影响的主要是苏联法律理论。以苏联为代表的社会主义法律理论，曾就社会主义国家有无必要建立独立的商法部门，在历史上发生过两次大的论战。第一次在 20 世纪二三十年代，第二次在 20 世纪五六十年代。直到苏联解体之前，这个问题依然争论不休。由此可见，除了 40 年代那一段战争时期的干扰，商法在法律体系中的地位及其独立性问题，一直是以苏联为代表的苏联及东欧社会主义国家的法学家们关注的问题。

苏联及东欧国家进入社会主义之前，各国在旧政权统治时期，法律制度基本上属于欧洲大陆法系，大多制定有商法典。社会主义政权建立

① 参见［苏联］B. A. 亚泽夫著，李培译：《苏联商法是一个综合部门法》，载《外国法学译丛》，1984 (4)。

② 参见［德］Gieker，Sandrock：《商法与经济法》(Handels—und Wirtscha-- ftsrecht)，9 版，101 页，慕尼黑，1975。

之后，绝大多数国家的商法典先后被废除。即使保留下来的极少数国家的商法典，其内容也受到实质性的改造。这种"消灭"传统商法典的运动，不仅有着意识形态方面的原因，更主要是由经济体制和经济模式所导致的。

早在20世纪20年代，关于商法是否可以作为一个独立的法律部门、是否有必要制定商法典的问题，就在苏联法学界引起了激烈的争论。大约在20世纪20年代中期，苏联的一个商事委员会根据俄罗斯联邦人民委员会的旨意，起草了一部商法典草案，该草案以大陆商法的模式，试图将西方国家的商法制度引进到苏联。起草该草案的法学家们认为，鉴于当时苏联多种经济成分的存在，有必要建立一个与民法平行发展的商法部门，或者使商法成为民法中一个独立的部分。法学家们呼吁"还给商法以特殊的地位"[1]。在这样一种热忱之下，商法学家们纷纷著书立说，勾画苏联商法的蓝图，如B.M.戈尔东著有《苏联商法体系》(1924年)，E.H.丹尼洛娃著有《苏联商法》。但是，这些努力最终都付诸东流，法学家们起草的商法典草案未能以法典形式获得立法机关的批准，而仅仅其中的一部分内容被作为法令颁布施行。与此同时，商法学派的主张在理论上遭到了反对派的猛烈攻击。以巴苏甘尼斯为代表的一批法学家认为，法仅仅是市场经济条件下利益冲突的产物。遵照列宁的思想，社会主义最终就是要消灭小商品经济，消灭市场，因而也就不需要调整这种经济关系的法律。正是在这种理论影响之下，他们认为，商品经济关系在社会主义时期仅是暂时的，没有必要将资产阶级的商法制度引进到社会主义经济和法律之中。[2] 这场争论的结果以否定社会主义商法的独立性而告终。

在这之后，随着社会主义计划经济在理论与实践上的全面胜利，以及国家在一切物质领域可以通过计划调拨方式进行产品的分配与调节，商品在市场上的流通日益减少，由此，传统商法的地位及重要性问题日益降低，人们更加重视用行政法手段来管理商业，因而商业行政法随之发达起来。到了20世纪50年代之后，一方面由于战争过后，社会经济发展需要一个相对自由和宽松的环境，另一方面也由于传统计划经济体制经过多年实践，其弊端日益明显，在一定范围内，主要在日常生活用

---

① [苏联] B.M.戈尔东：《苏联商法体系》，6、16页，哈尔科夫，1924。

② 参见 [苏联] JI.N.菲什曼：《二元论与一元论》，载《法律与生活》，1925年第7~8期，1~11页。

品领域内开放市场，成为经济改革的一个方向。这样，与其相应的商法问题又被人们重新提出。不过，这时人们重新提出的商法问题，已不再像20世纪20年代那样主要试图引进西方的一整套商法制度，而是着重考虑适合社会主义国家的特点，建立一套较为完整的商业法体系，以消除多年来在商品生产流通领域不同主管部门各立其法，相关商业法规彼此冲突不协调的状况。这场讨论断断续续，在苏联及东欧，一直延续到社会主义国家解体之前，它在一定程度上促进了这些原社会主义国家商业法的发达与完善。但从根本上说，它并未能跳出商业行政法的框框。

与原东欧及苏联社会主义国家相似，在中国，相当一段时期内，商业行政法也是调整商品流通秩序的最主要的法律。新中国成立以来，中国的各级政府部门和权力机构，制定并颁布了大量的商业行政法规，这些法规与民法、经济法中的有关商事交易规则一道，形成了中国独特的商事法律体系。多年来，中国不仅没有独立的商法典，而且在法律部门的划分和法学理论的研究中，是建立一个以商业行政为主体的商法部门，还是建立一个广义的商法部门，以及是否需要建立商法部门，法学界始终存在着争议。如今，随着市场经济在中国经济结构中的比例日益加重，一部分有远见的学者开始注意从广义的角度来研究中国的商法问题。这不能不视为一种极有价值的努力，也不能不使人预见到它的辉煌前景。

在社会主义国家，商法的渊源同样是商法研究中颇为重要的一个问题。社会主义国家法的渊源主要是成文法，因此，商法的渊源也主要是商事成文法，它包括商法典、商业单行法规，除此之外，与商事交易最为密切的法律主要有民法典、法规，经济法典、法规，以及涉外经济法，经济行政法等等。除制定法之外，社会主义国家执政党和政府的政策也是商法的另一个重要渊源，它不仅是解释商事法规的主要依据，而且在特殊情况下，它可以起到填补商法空缺或解决商事法规冲突的作用。对于这一点，用大陆法或英美法国家的法律观念是难以理解的。至于判例、交易习惯和学说等等，在社会主义商法中并不是直接渊源，它最多只能成为法官审理案件时的参考因素。

四、小结

通过对当代主要商法体系的考察，我们可以获得启迪：这就是，商

法是与每个国家自己的法律文化传统，政治经济结构密切相关的法律部门；世界上并不存在一个统一的商法模式；法律体系和经济模式的多元化决定了商法的多元化。与此同时，商法又是现代社会市场经济秩序的产物。市场经济繁荣离不开商法；商法根植于市场经济的土壤。由此，当一个国家在走上市场经济道路时，就有必要从本国的实际出发，建立自己的商法。只有这样，市场经济秩序才能真正建立在法制基础之上。

第七章

德国商法与德国商法典

一、德国商法的概念：适用于商人的特别私法

汉语中称谓的“商法”、“商事法”、“商业法”在现代德语中统一用 Han-delsrecht 一词表述。由于法的历史传统、商法自身的体系、结构、特点及其在该国法律体系中的地位所致，德国法律著作中所使用的商法一词与其他国家法律著作中的同词相比，其定义颇不一样。在法国，商法是指“关于一定商行为的特别法”[①]；在日本，商法是指“有关商事的特别法规”[②]；而英国法学家则认为：“商法”是一个相当含混的一般性术语，用来指与商业有关的各种法律。[③] 德国法学著作对商法一词的表述比较统一，法学家们几乎众口一词，将商法定义为“适用于商人的特别私法”[④]。根据这一定义，可以清晰看到，第一，德国商法

① 引自［德］索嫩贝尔格（Hans Jurgen Sonnenberger）：《法国商法与经济法》（Französisches Handels und Wirtschaftrecht），31 页，1975。

② 引自上海社会科学院法学研究所编译：《各国宪政制度和民商法概要》，亚洲分册，201 页，载《国际比较法百科全书》（International Encyclopedia of Comparative Law），第 1 卷。

③ 引自［英］沃克（David M. Walker）编：《牛津法律辞典》，“商法”（Commercial Law）词条，1980。

④ ［德］格赖弗尔特斯（Creifelds）：《法律辞典》（Rechtsworterbuch），10 版，544 页；［德］施密特（Karsten Schmidt）：《商法学》（Handelsrecht），3 版，3 页；［德］布罗克斯（Hans Brox）：《商法与票据法》（Handelsrecht und Wertpapierrecht），7 版，1 页。

是私法的一部分，但它又不同于普通私法，而是处于普通私法之外的一种特别私法；第二，与奉行客观主义、以商行为观念为立法基础的法国商法相悖，德国商法采用主观主义原则，以商人观念为其立法基础，商人是商法的核心；同一行为，商人为之，适用商法，非商人为之，则适用民法或其他法令。由此，透过商法定义的简略表述，人们可以窥见德国商法的基本格局和独特风格。

德国法是大陆法系的忠实代表，是罗马法律传统的正传嫡子。在大陆法系中，法律分为公法和私法两大部门。这种划分，究竟起源于古代早期的罗马法还是较晚的查士丁尼《国法大全》，现在难以考证。但是，毋庸置疑，中世纪的注释法学派在他们的著作和罗马法课程的讲授中，已经确立了这种划分。到了 19 世纪，伴随着德国统一进程中所发生的法典编纂和法制改革，公私法的划分在德国得到广泛适用。[1] 德国法学家认为，公法是指调整公民与国家及公共权力机构之间，以及行政机构相互之间关系的法律规范，属于公法的法律规范主要有：国家法、国际法、教会法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、税法、社会法和社会保险法等。私法则是指调整公民相互之间法律关系的法律规范。属于私法的法律规范主要为：民法及其补充法规、商法、汇票本票法、支票法、有价证券法、私营保险法、著作和发明权法等。公私法的划分则以主体双方是否在法律上处于平权地位为标准。[2] 如果根据以上的划分标准和归类，将商法简单地理解为普通私法，德国法学家认为这是不恰当的。[3]

首先，从法律规范调整的范围来看，虽然在商法中占主导部分的内容规定了处于平权地位的主体，即商人之间，以及商人与参与商务活动的普通人之间的法律关系，并由此可以将商法视为私法的一部分而与公法上的经济规范相区别，但是，商法规范不同于普通私法规范，它不像普通私法那样对一般个体和行为都适用，它仅仅适用于特定的人及行为，即商人和商人的商行为。商法适用的范围比普通私法要窄得多。在与普通私法的关系上，商法规范可以划分为三种类型：一是只有涉及特

---

① 参见［美］梅利曼（John Henry Merryman）：《罗马法系》（The Civil Law Tradition），第 14 章。

② 参见［德］格赖弗尔特斯（Creifelds）：《法律辞典》（Rechtsworterbuch），10 版，907 页。

③ 参见［德］海曼（Heymenn）：《商法典评纂》（Handelsgesetzbuch（Kommentar）），第 1 卷，3 页，1989。

定国家机构方能生效的法律规范。这种国家机构与商务活动的效力唇齿相依，并且没有被规定在其他私法之中，例如，《德国商法典》第15条关于商业登记效力的法律规范等。[①] 二是普通私法的替代规范。这些规范取代了普通私法上的规则，例如，《德国商法典》第350条规定了商务担保的形式自由原则，这一原则仅仅适用于商人及其行为，至于非商人及非商行为的担保形式，则适用《德国民法典》第765～778条之规定。由此，对于商人来说，在担保形式上，商法之规定完全取代了民法之规定。三是普通私法的补充规范或特别形式规范。这些规范所调整的行为方式超出了一般私法上的行为方式而具有商人权利主体之属性，由此，调整这些行为方式的法律规范则完善或补充了私法规则，成为既以一般私法原则为基础，同时又超出一般私法规则的特别规范。例如，《德国商法典》第373～382条对商业买卖作了基本规定，然而这些规定在适用时必须与《德国民法典》第433条关于一般买卖的规定联系起来考虑，民法典中关于买卖的基本原则是商法中买卖规则的基础，对于商人及其行为来说，商法在此仅是民法的补充；又如《德国商法典》第48条关于经理权的规定则是《德国民法典》第164条关于代理权规定的特殊形式；商法典中关于代理业务和运输业务的规定则是民法典第675条关于事务之处理规定的特殊形式。一般民法规定在这里通过商法规定之补充来适用。

其次，从法律规范的强制性程度看，商法也不同于普通私法。在普通私法中，处于平权地位的双方当事人完全遵循自愿原则参与私法交往。在普通私法行为的形式、内容、范围甚至选择适用法律等方面，当事人有很大的自主性和自由意志性。而商法中，尤其是《德国商法典》中大量的私法规则，则具有强制性。例如，《德国商法典》第15条关于商业登记在法律上的效果；第23条关于商号的转让；第25、27条关于商号被使用时的责任；第49、50条第1款关于经理权的范围；第74、74a条关于禁止竞争中的赔偿及赔偿范围；第89b条关于商务代理人的补偿请求权事先被取消的无效性；第126条关于无限责任公司经营股东代理权的范围；第128条关于无限责任公司股东的个人责任；第170条关于两合公司的有限责任股东不得参与两合公司的附属业务代理；第392条关于基于业务之履行的债权状况；第

① 《德国商法典》第15条第1款规定，只要必须在商业登记簿上登记的事项还未登记或还未公布，则该事项不可用以对抗第三人。

400 条关于行纪人介入法律后果等等，这些规范在性质上与普通私法规范有着比较明显的差异，对于特定的权利主体商人来说，他们必须履行这些规范，而且在他们为商行为时，不得自由选择适用其他私法规范来取代之。

再次，从公法的渗透性与掺和性看，商法，尤其是《德国商法典》中容纳有大量的公法上的内容。例如，《德国商法典》第 8 条、第 37 条第 1 款关于通过法院履行商业登记的规定，即属于公法上的组织法问题，商人在此所履行的也是公法性质的义务。与之相类似的条款在商法典及其附属法规中是大量的。如《商法典》第 17 条关于合法形成和使用商号的规定；第 14、29、31、33～36、56、106～108、143、157 等条款关于商业登记义务、效力及公示的规定；第 238、257 条关于商业簿记之履行、账目公布和保管，以及其他大量规定，这些内容共同形成了作为私法的《商法典》中的公法核心层次。正是这些具有公法性质的规则，确立了商人的法律关系和经济关系，形成了商务交往的明确性和安全性，以及商事企业经济支付能力的某种外部监督机制。对于按私法之规定所形成的商务交往来说，《商法典》中的公法创造了一个法律上的纲领性条款。《德国商法典》的立法者们认为，这种纲领性条款对于现代经济交往，尤其对于现代私法交往并不是可有可无的，它的重要性不言而喻。[①]

当然，德国法学家们还认为，尽管在《商法典》中包含有大量公法上的内容，但是，这些公法性条款始终处于为私法交往服务的地位，由此，它还不能从根本上改变商法的私法属性。[②]

正是基于以上理由，即法律规范的调整范围、强制性程度和公私上的掺和性，德国法学家们认为，商法既属于私法，又不同于普通私法，而是一种特别私法规范体系。

在普通私法之外，有无必要制定商法典这一特别私法，这个问题在历史上争议颇多，由此导致了民商合一与民商分立两大历史分流。不过，纵观今日世界之法律景况，民法商法化，在一国法律体系中，更加突出作为特别私法的商法地位，已成为发达西方国家的主导趋

① 参见［德］海曼（Heymenn）：《商法典评纂》（Handelsgesetzbuch（Kommentar）），第 1 卷，5 页，1989。

② 参见［德］海曼（Heymenn）：《商法典评纂》（Handelsgesetzbuch（Kommentar）），第 1 卷，3 页，1989。

势。[1] 德国法学家们认为，在一个国家中，有无必要制定商法这一特别私法，这不仅仅取决于该国的法律传统和经济发达的状况，同时还取决于人们是否已经认识到，在经济生活中，就权利交往和稳定性之功利来说，一定的私人权利主体，如商人或企业，应该履行特殊的私法和公法上的义务，以及一定的法律行为（商行为）相对于一般私法来说在法律技术上更进步，在法律适用上更简易、稳定和安全可靠。德国法学家们多年来在这方面基本上采取了肯定的态度。[2] 这与当代法国、美国、日本等国商法学家的基本观点是相一致的。[3]

二、德国商法调整的对象：商人及其行为

商人在商法中的核心地位，是德国商法区别于他国商法的决定性因素和标志。尽管《德国商法典》在概念上已明示："商行为是指商人从事商业经营的行为"[4]，但是，从此定义可推导，非商人则无商行为可言。由此，比较商人概念，商行为的概念在德国商法理论上的意义无足轻重。商法调整对象这一理论问题也就集中于商人这一问题之上。

德国商法中的商人概念是一个多年来始终争论不休的理论问题，即使德国法学家对之亦颇感复杂，外国学者涉足于此更是难以确切把握其含义。以往学者在介绍德国法时，时常将德国商法中的商人概念与法律的保守性及法律规范的过于复杂性等量齐观，这些观念曾于20世纪20

① 19世纪末日本商法典的制定及其在当代的发展，尤其20世纪50年代以来《美国统一商法典》的制定并逐渐在美国绝大多数州适用，以及该法典在当代的发展，比较典型地说明了商法地位的日益提高。参见［德］奥克达（Yasuhiro Okuda）：《日本商法与经济法发展趋势》（Tendenzen des Japanischen Handels-und Wirtschaftsrechts），载《国际经济法杂志》（RIW），1989（9）；［德］埃贝克（Werner F. Ebke）：《美国商法与经济法的最新发展》（Neuere Entwicklun-gen im US-amerikanischen Handels-und Wirtschaftsrecht），载《国际经济法杂志》（RIW），1989（5）。

② 参见［德］米勒-弗赖恩弗尔斯（Wolfram Muller-Freienfels）：《商法的独立性》（Zur Selbstandigkeit des Handelsrechts），载《凯梅勒纪念文集》（Festschrift fur Ernst von Caemmerer），583～621页，1978；《商法典评纂》，第1卷，导言。

③ 参见曲可伸主编：《世界著名十大法典评介》，第十编"美国统一商法典"；［法］格札维茨，布朗·儒旺等：《法国民商法》，载《各国宪政制度和民商法概要》，欧洲分册（下）；［日］龙田节编，谢次昌译：《商法略说》，兰州，甘肃人民出版社，1985。

④ 《德国商法典》第343条第1款。

年代末期对中华民国政府选择民商合一的法律体制产生过一定影响。[①] 然而，许多德国学者对此却持另一种观点。

总观德国商法，商人被分为两大类，即事实商人与形式商人。这种划分曾部分地被日本商法及其他国家商法所承袭。商法理论上所谓的事实商人，是指《德国商法典》第1～4条规定的一连串的事实上的、内容确定的商人，即前面所介绍的必然商人、应登记商人、自由登记商人和小商人。这些商人都是法律上规定的单个商人，即以单个自然人为模拟概念，并借助于商人的经营活动来表明商人的基本特征。根据德国法律规定，具人合公司性质的无限公司和两合公司都属于事实商人。形式商人是指具有特定法律形式的商人，主要为资合公司，包括股份公司、股份两合公司和有限责任公司。形式商人的商人性质在很大程度上来源于法律之规定，如根据《德国商法典》第6条，资合公司已鉴于其法律形式而被视为商人，对此，无须考虑公司业务的内容。此外，《股份公司法》第3条、《有限责任公司法》第13条、《合作社法》第17条等都对公司的商人性质作了不同程度的规定。形式商人在实际生活中有着极其重大的意义，这主要取决于公司本身，尤其是有限责任公司以及数量庞大的股份有限公司，在德国的社会市场经济中扮演着极为重要的角色。

在事实商人与形式商人之外，还存在着另外一种情况，即《商法典》对非商人的适用问题，比如，如果行为人没有正确地在商业登记簿上登记，或者由于他在权利交往中的活动方式使人产生商人性质的假象，根据《德国商法典》第5条之规定，这类行为人可以被视为商人，即所谓的表见商人。又如，如果商行为参与的另一方是普通人，当这普通人与商人进行商行为时，根据《商法典》第345条之规定，也可以适用《商法典》。

商事交往中的国家参与活动如何适用法律，这是一个特殊而重要的问题。如果国家，如国库、国家财政或公法上的其他法人根据法律规定可以参与一般私法交往，那么，这些公法上的法人也可以获得商人的性质。根据《德国商法典》第33～35条之规定，这类法人必须在商业登记簿上登记。德国法学家们认为，国家参与私法交往，政府部门同时拥

① 中华民国中央政治会议（1929年）第183次会议关于“民商法划一提案审查报告书”中认为，历史上将商人视为一个特殊阶层，而在民法之外另立商法，这是不能将人民平等看待的旧习。

有商人之性质，这一切并不妨碍国家活动和国家履行公职之目的的确立。[①]

各种类型的商人在《德国商法典》及其他法规中都得已界定，由此形成了一个主观体系，在这一主观体系中，商法规则之适用与商人这一人格的群体紧密相连（《商法典》第五部分海商法规则作为例外），从而圈划出商法适用的对象和范围。由于《德国商法典》中所规定的商人概念颇为复杂，因此，自《商法典》颁布以来，对法典的核心部分——商人概念的批评也屡见不鲜。不过，经历多年争议，占主导地位的德国法学家们依然认为，鉴于法律的不断修改及可以继续修订和调整，商人概念和种类的复杂性并没有给实践中法律之适用产生太大的困难和麻烦，这方面的问题是微不足道的，并且是可以克服和消除的。[②] 如今，争论颇多的是《德国商法典》中的商人主观体系原则是否已经过时。在这方面，最有代表性的观点是，商法已不再是关于商人的特别法，而是关于企业的特别私法；企业应该是商法调整的对象和商法的核心。[③] 由此，将企业作为现代商法的中心概念这一方面的研究，也变得愈来愈时髦。当代德国著名法学家卡尔斯腾、施密特（Karsten Schmidt）以此观点为基础，写了一本巨著《商法》，该书成为这一学术观点的代表作。不过，相当一部分德国商法学大师依然认为，从法律策略和法律技术上看，取消商人概念也是难以令人信服的。因为商人是一个人格概念，这是其优点。作为一个权利主体，商人或者是自然人，如单个商人；或者是相互组合的个人集体，如无限公司；或者是法人，如股份公司、有限责任公司。同时，商人也是企业的权利承担者，是企业全部财产的所有人和企业对内对外关系的主体。以商人为主体和出发点，从商人再到由其经营的企业，无论在理论上还是在实践中，这都易于被人们接受。相反。如果以企业为出发点和核心，首先企业的概念依然模糊不清，同时，企业所涉及的范围相当广泛，在法律上还没有明确的界定，因而，

① 参见［德］海曼（Heymenn）：《商法典评纂》（Handelsgesetzbuch（Kommentar）），第1卷，9页，1989。

② 参见［德］海曼（Heymenn）：《商法典评纂》（Handelsgesetzbuch（Kommentar）），第1卷，7页，1989。

③ 参见［德］施密特（Karsten Schmidt）：《由商法到企业私法》（Von Handelsrecht zum Unternmens-Privat-recht?），载《法律学习》杂志（Juristisehe Sehulung），1985（4），249页。

它没有法律技术上的特色，不能导致法律策略上的进步。[①]

德国商法是否将始终以商人概念为核心，始终以商人为调整对象，商人概念是否会被企业概念所取代，这将是相当一段时期内德国商法学家们研究和争论的重要课题。

三、商法、《商法典》、商法的相邻法规

无论民商合一还是民商分立的国家，无论以主观主义还是以客观主义为商法原则的国家，在使用商法一词时，都涉及实体商法与形式商法概念的划分，即从狭义还是从广义来理解商法的概念。与法国、日本等相类似，在德国，狭义上，商法是指《商法典》、《商法典》的附属法规、基于《商法典》所颁布的各种行政法规，以及《海商法》和《内水航运法》；在广义上，商法还包括《公司法》、《工商权利保护法》（如专利、商标、反不正当竞争等）、《有价证券法》、《银行法》、《交易所法》等等。[②] 德国《法院组织法》关于商务案件的规定，就是从广义上来使用商法一词的。[③] 但不管从广义还是狭义理解，《德国商法典》始终是商法的核心，是德国商法，以至于经济法的基本法。

《德国商法典》是一部历史悠久的商法典。一百多年前，当时德国还处于封建割据状态，经普鲁士邦提议，联邦议会设置了《统一商法典》起草委员会。1861 年颁布了《普通德意志商法典》（即旧商法典）。这个法典曾被大多数州所采用。旧商法共五编 911 条。第一编商人性质，第二编商公司，第三编合伙，第四编商行为，第五编海商。1871 年统一的德意志帝国成立后，开始了新的《商法典》编纂工作。新《商法典》于 1897 年 5 月 10 日颁布，1900 年 1 月 1 日生效。新《商法典》共四编 905 条。第一编商事，共分八章，即商人、商业登记簿、商号、商业账簿、经理权及代理权、商业辅助人、代理商、商业居间人。第二

① 参见［德］措勒纳（Wolfgang Zollner）：《究竟什么是商法?》（Wovon handelt das Handelsrecht?），载《企业及公司法杂志》（ZGR），1983（1），84 页；［德］海曼（Heymenn）：《商法典评纂》（Handelsgesetzbuch（Kommentar）），第 1 卷，8 页，1989。

② 参见［德］格赖弗尔特斯（Creifelds）：《法律辞典》，"商法"（Handelsrecht）词条。

③ 参见《德国法院组织法》第 95 条。

编商事公司及隐名合伙，共分五章，即无限公司、两合公司、股份公司、股份两合公司、隐名合伙。第三编商行为，共分七章，即总则、商业买卖、行纪业、承揽运送、仓储、运送、铁路运送。第四编海商法，共分十一章，即总则、船舶所有人及船舶共有、船长、货运、客运、风险借贷、共同海损、海难救助、船舶债权人、海上保险、时效。1985 年 12 月，根据欧共体的有关政策规定，德国立法机关对《商法典》进行了重大调整，这一调整主要是将原来《商法典》中关于商事簿记的规定从第一编划去，将其与关于资产负债表的规定一起，组成新的第三编。根据 1989 年 10 月 23 日的修改稿，现行《德国商法典》，除海商法外，共分为商事性质、公司与隐名合伙、商事簿记、商行为这四编。从法典所涉及的商事交往的内容来看，《德国商法典》比《法国商法典》更为全面，与《日本商法典》有许多类似之处。从新《商法典》颁布至 1989 年 2 月，《德国商法典》（不包括海商法在内）共有 41 次修订，所及条款好几百处。[①] 比较重大的几次修改是：1937 年股份公司法和股份两合公司法的另立；1953 年手工经营组织法的另立和代理商条款的修改；1976 年关于农林业经营者商人性质条款的修改；以及 1985 年 12 月就商业簿记而进行的法典结构的调整等。

在德国，涉及商事法律关系时，不仅《商法典》之适用优先于民法，《商法典》的从属法规和商事关系法规，即从广义上理解的商法，在适用时也优先于民法。与《商法典》有着直接或间接联系的法规很多，不仅仅有调整商事关系的商法，还有调整不平权关系的公法，它们从另一角度形成了商法的相邻法。其中主要有以下几个方面：

《商法典》与《公司法》。这是两个相互交融的法律部门。不过它们是各自独立的，并且一部分已经在形式上形成了相互区别的表现方式。人合公司法中的无限责任公司法和两合公司法在表现形式上依然是《商法典》的一部分。股份公司法、股份两合公司法原是《商法典》的一部分，后于 1937 年合并修改，1965 年重新修订为《股份法》，在形式上它们已经从《商法典》中独立出来，成为单行法规。《有限责任公司法》和《合作社法》从一开始就作为关系法规独立于《商法典》之外，《有限责任公司法》制定于 1892 年，《合作社法》制定于 1889 年。在形式

① 参见《经济法规汇编》(Wirtschaftsgesetze, Verlag C. H. Beck-Textsammlung fur Juristen und Wirtschaftsfachleute)，第 20 篇关于商法典修改情况的序言。

上德国的立法者们借助于法规本身而将资合公司和合作社法与《商法典》衔接起来，这就是根据《商法典》第 6 条之规定，股份公司、股份两合公司、合作社、有限责任公司都是形式商人，以及根据《商法典》第 343 条和第 344 条之规定，它们的活动都属于商行为。

《商法典》与消费者权利保护法规。消费者权利保护法由一系列法规所组成，如《分期付款法》、《标价法》、《报价单规则》、《住宅补偿法》等等。这一系列法规针对草率缔约、信息不灵或处于不利行为状态的消费者的利益和权利而对之提供保护。从主导原则和法律的目的看，消费者权利保护法规不保护商人，相当一部分商人的权利之保护明显地不是规定在这些法律之中。由此甚至可言，这些法律不属于商法；然而，它又是商法，甚至是《商法典》的重要补充内容。因为商人在从事商行为时必须考虑到消费者的最终接受。同时，根据立法者的意图，《商法典》的目的之一还在于，如果商行为的参与人对商人的行为和意思表示以示信任，在这种情况下，法律对于商行为的参与人应予以一般保护，从而使商行为得以顺利进行。从这一思路引申，人们完全有理由认为，消费者利益保护法规对于《商法典》起到了协调和补充作用。

《商法典》与经济法。除了一般公法之外，经济法也与《商法典》相区别。经济法是一个笼统的概念，它常指国家借助于其权力，对经济生活和经济活动施以规定和引导，从而实现国家的经济干预，以达到共同的经济目标的有关法规。这与作为私法的《商法典》是不一样的。不过，具有公法性质的经济法律调整与私法调整相辅相成，形成了现代西方整体经济秩序的系统调整机制。在经济法中，企业的概念起着重要作用，而企业又常常与企业的经营者或权利所有人——商人相提并论，由此，《商法典》与经济法之间有核心意义的共同点是商人。当然，如果从广义的角度来理解经济法的概念，并且仅仅从共同经济作用和机能这一角度来考察商法，将其完全置于公共目的之下，那么，人们可以像认识整个私法那样来看待商法的功能，将其看作是经济机制的一个环节和分支，并由此可以将《商法典》犹如整个私法一样置于经济法的概念之下。关于这个问题，德国法学家们认为，这一观点作为惟一的法理学上的观察和分析方法是不足取的。因为，它既不是商事立法的基础，也不是法律适用的方法。它违背德国宪法所确认和保障的私法自治原则，违背了私法自治这一《商法典》的立法基础，并且在实施中与市场经济机制产生较大冲突。

《商法典》与国际经济法。《商法典》、《商法典》的关系法规始终与

国际经济法有着极为密切的联系，这种密切联系表现为三种形式：第一，《商法典》和《商法典》的关系法规的内容始终部分地按照国际经济法规的统一要求而不断修改。第二，《商法典》中的部分条款以及商法单行法规常以国际条约和协定为重要的立法基础，例如《国际买卖法》、《国际票据法》、《国际货物陆运公约》、《国际铁路运输公约》等都对德国相应国内法的制定起到依据和准则作用。第三，在商务契约的解释过程中，不仅考虑到国内现行法规的内容和商务习惯，同时考虑到大量业务的国际性，解释时还要参照相应的国际法律规则。由此，从《商法典》到商法，已越来越多地带有国际性趋向。当然，相比《美国统一商法典》在这方面的成就，《德国商法典》依然望尘莫及。

四、德国民商分立立法例的形成

所谓民商分立，其基本含义是指民法典与商法典自成体系，分别立法，各自调整社会经济关系中的民事关系与商事关系。德国即分别制定了民法典与商法典，显然采取的是民商分立的立法体例。那么，德国究竟是如何走上民商分立的道路的呢？如果说商法的源头可追溯到罗马法的话，则受罗马法影响至为深远的德国法，似乎更应该采罗马法式的民商合一的立法体例。但是，罗马法并非严格意义上的商法的真正源头，实际上近代商法乃源于中世纪的商人法，因此，也就无所谓罗马法式的商法立法体例了。15 世纪以后，伴随着中世纪后期资本主义经济的兴起和商品贸易的繁荣，以及以宗教为核心的封建割据势力的衰弱，统一的民族国家的逐步形成，原先自治城邦和商业团体的立法权逐渐归集于中央集权的统一国家；与此同时，原先割据的经济和分散的立法，严重妨碍了商品贸易的发展和国家统一市场的形成，贸易的发达迫切需要在一国之内实现商法的统一。正是这种政治和经济的双重历史条件，有力地推动了商事成文法的制定。

这一时期，德国与意大利、法国等国家一样，先后制定了多部成文商法。在这些商法中，代表性的有 1727 年《普鲁士海商法》、1751 年《普鲁士票据法》、1776 年《普鲁士保险法》、1794 年《普鲁士邦法》、1861 年《普通德意志商法典》。在商法典的编纂上，很明显普鲁士是走在前面的。1794 年《普鲁士邦法》在其第二部分第八节中便是将整个

商法作为一种相对于一般民法的特别法加以规定的。由于当时的商法还被视为一种身份法，因此关于商人特别是协会成员的规定占了很大篇幅。从内容上看，《普鲁士邦法》中全部商法规范可以分为三个主要的部分：商人阶层，商事组织及与之相应的代理权，以及人合公司与商行为。德国学者赖斯（Raisch）最近说道，1794 年《普鲁士邦法》中商法规定的许多内容属于民法中的例外规定。很明显，在商法由商人习惯法向成文法转变的过程中，人们在设计商法规范时，力图借鉴较为成熟的传统民法制度。尽管关于商法的理论研究早在 1662 年马夸特（Marguard）开展商法研究时就已开始[①]，但是《普鲁士邦法》关于商法的规定可谓开创了一个全新的时代。第二个发展阶段开始于 1861 年《普通德意志商法典》的生效。以此为契机，德国商法无论在理论还是立法上都已经较为成熟地发展起来。

而此时的德国，由于在民法典的制定方式等问题上，法学界还在进行激烈的争辩，因此民法典迟迟未能出台，以至于 1861 年《普通德意志商法典》基于各邦国法律处于四分五裂的状态，特将本应属于民法典范畴的一般债法也吸收进去。可见商法不是从普通私法中分离出来的，商法一经产生，它就独立存在，与普通私法平等发展。尽管在德国民法典制定之时，德国商法向特别法的发展已经结束，但是德国商法已经发展成独立的法律部门，商法典的编纂也经受住了考验。因此，从一开始就决定了商法典不能作为一个整体被吸收到民法典中去，而是将其作为单独的法典编纂对象。这样，除了将一般法律行为与合同规则纳入民法典外，并不考虑要把《德国商法典》并入到《德国民法典》之中，毕竟这两种法律体系是存在着根本区别的：民法典的体系是建立在潘德克顿体系之上，而商法典的体系，一方面立足于商人及其企业即商事组织之间活生生的经济关系和法律关系，另一方面则立足于特殊的商行为之上。因此，立法者以商法规范构建了自成体系的 1897 年《德国商法典》。应当说，对此，19 世纪的经济进化理论起了巨大的作用。“贸易产生转变”，这是当时广受欢迎的观点。

民法和商法在近现代的发展，也构成了民商分立的内在动力。民法是调整一定的商品关系的法律，是以罗马私法为基础发展起来的。在资产阶级从封建地主阶级手中夺权时期，民法规范为确认从封建专制下解

---

① 戈尔德·斯密特（Goldschmid）曾特别指出，马夸特为商人习惯法建立了广泛的基础。

脱出来的自由和商品生产者的主体地位起到了重要作用。随着社会经济的发展，特别是在现代社会，民法自身的局限性也逐渐暴露出来。首先，民法从个人立场出发，无法解决社会经济的整体运行和总体结构问题，只能从微观领域对社会经济运行的无序和经济结构的不平衡作一些修补，无法从全局进行调节。其次，民法以保护个人权利为基点，对社会公共利益的保护则是消极的。而且，从民事法规来看，以自由为精神内涵的民法，多表现为任意性规范，允许当事人根据实际情况进行变更，因此，具有很大的不确定性。近现代以来社会经济的发展，形成了以企业为核心的特殊物质生活领域，从而也出现了许多特殊的社会关系，即商事关系。这些关系的调整和需求要求有一些特殊规定予以满足，而这些特殊规定，无论从形式和实质意义上，都不可能完全包括在民法的框架内，需要新的法律部门，即商法来调整。

因此商法独立于民法而存在，不仅仅是因为商法单独立法乃长期的历史传统，也是因为商法本身具有不能为民法所完整包容的特定目的及与之相适应的特定内容。当然，这种独立性，并不意味着所有商法规范都必须集中规定于《德国商法典》中。事实上，大量的商法还是以单行法的形式存在的，如《有限责任公司法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》以及后来的《股份公司法》。毕竟，从性质上而言，《德国商法典》只是商法基本法而已，作为商法的单行法或者说特别法的商事法律游离于《德国商法典》而单独存在就不足为奇了。此外，如上所述，民商分立也并不意味着商法与民法并立存在，毫不相干。在德国法学界，即使是在商法学界，也公认为商法乃系私法之特别法，而民法乃系私法之基本法，在许多场合甚至于脆以民法指代私法。因此，商法的适用须以民法为基础和补充，就不足为奇了。

五、德国商法立法体例

这一命题牵涉到民商分立还是民商合一，《德国商法典》如何架构，《德国商法典》之外是否另行制定单行商事法律以及这些法律如何与《德国商法典》协调等问题。关于第一个问题，我们已在前面作了回答。第二、三个问题正是本部分所要讨论的内容。

在商法典立法体例上，一般认为主要有主观主义、客观主义与折衷

主义三种立法例。主观主义以《德国商法典》为代表，系以商人观念为基础构建其商事法律制度。依此原则，同一法律行为，商人为之，适用商法，非商人为之，则适用民法或其他法律。可归入这一体例的国家还有奥地利、土耳其及北欧诸国等。客观主义以《法国商法典》为代表，系以商行为观念为商事立法的基础而构建其商事法律制度。依此制度，只要行为人的活动属于商行为的性质，他就是商人，就适用商法。就现代商法而言，由于《法国商法典》已作了重大修订，总体上讲已经归人折衷主义，客观主义的真正代表应为《西班牙商法典》，偏于这一体例的国家还有荷兰、葡萄牙、希腊、巴西、秘鲁、阿根廷等。折衷主义以日本为代表，系以商人观念与商行为观念相结合为商事立法的基础而构建其商事法律制度。依此制度，商人所为的行为均可推定为商行为，从而适用商法，而对于商行为而言，即使是非商人为之，也应适用商法。偏于这一体例的还有意大利、比利时、韩国等国家。

主观主义立法例的主要特点乃在于，以商人观念为基础来构建商事法律体系。商行为是指经营商人的营业的一切行为，也就是说只有商人实施的行为才能为商行为，从而适用商法；同一性质的行为非商人为之，则不能成为商行为，从而不能适用商法。[①] 客观主义立法例的主要特点乃在于，以商行为观念为商事立法的基础而确立其商事法律制度。依此制度，只要行为人的活动属于商行为的性质，他就是商人，就适用商法。折衷主义立法例则以商人观念与商行为观念相结合作为商法立法的基础。在这一制度下，商人所为的行为可推定为商行为，从而适用商法；非商人所为的行为，只要属于基本商行为（在日本称为绝对的商行为与营业的商行为）范畴，亦可认定为商行为，从而适用商法。从表面上看，这几种立法体例差异甚大，然而，从其实质来看，则并无本质性区别，尤其是主观主义立法例与采折衷主义立法例之间的区别几乎可以忽略不计。主观主义立法例虽以商人为商行为的惟一主体，但是，往往会通过司法解释扩大商人范围。譬如，德国法学界及司法实践中依《德国商法典》第 5 条关于拟制商人的规定，通过扩大解释创设了表见商人概念，从而使得本不能认定为商行为的非商人实施的行为也可归人商行为范畴。客观主义立法例以商行为为立法中心，而商行为的限定又极为宽松，从而使得只要从事营利性活动并以之作为经常性职业者均可适用

① 参见范健：《商法探源》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》，1991（4）。

商法。在商行为的认定上，《法国商法典》第 109 条规定："对于商人，商行为得以一切方式予以证明，但法律另有规定的除外。"[①] 折衷主义立法例则兼以商人与商行为为中心加以规制，既解决了主观主义立法例下某一行为应界定为商行为但其主体却不属于商人从而难以适用商法之尴尬，又使客观主义立法例下商行为难以界定的困惑获得解决。很明显，客观主义立法例具有确定上的弊端，主观主义立法例与折衷主义立法例则克服了这一弊端；同时，折衷主义立法例吸收了主观主义立法例的优点，又克服了其局限于商人而使商法的适用受到不合理限制的缺陷。

据此，《德国商法典》的立法体例与折衷主义相比，显得明显不足。那么，面对这一现实，德国法学界与立法者对于主观主义立法例的弊端又是如何处理的呢？《德国商法典》以商人观念作为商法适用的基础，因此关于商人的界定就成为关键所在。基于此，若要使商法健全而有效地调整商事交易关系，势必要使商人概念成为一个周延的概念。然而，《德国商法典》第 1、2 两条关于商人界定的规定表明，在所有参与商事交易的人中，实际上仅有一部分属于这两条规定的商人。由此产生了对同一个群体的分割问题，即对其中的一些人适用商法，而对另外一部分人却不能适用商法，尽管他们大多也与前者一样或类似地参与商事交易，也只能适用不同的法律。造成这一分割问题的原因是一百余年前制定《德国商法典》时形成的。时至今日，当相同或类似主体实施相同或类似行为而只能适用不同法律，从而使商法适用的矛盾日益凸现时，人们不禁要问，当初的这一决定现在还合乎时宜吗？应该说，在德国法学界，对此表示出不满态度的学者为数众多。争议的焦点在于人们是否可以以及如何采取补救措施：人们是应当接受当初立法者的这一未尽合理的决定，而将希望仅仅寄托在今日之立法者的改良上，还是将商人的概念在现行法律规定的基础上予以扩展（首先可以通过司法实践），而由此使商法也适用于原来并不能适用的但却同样依商人方式工作的人群呢？对于前一方案，固然能够较好地解决问题。但是，很明显，除非对现有体系结构作出重大的甚至是根本性的调整，否则很难从根本上解决问题。对于后一方案，主要问题就在于将扩大适用的商人控制在多大限度内，并且其法律依据最终如何解决？最后，德国法学界与立法者在经

① 金邦贵译：《法国商法典》，45 页，北京，中国法制出版社，2000。

过反复思量之后，还是在1998年全面修订《德国商法典》时选择了前一方案。然而，就这次修订的实质内容而言，实际上立法者并未真正选择前一方案，因为关于商人的修订只是放弃了1897年《德国商法典》中关于完全商人与小商人的区分，关于基本商营业与辅助商营业之于商人构成的影响等实践证明已经过时的做法，商法的适用仍然限定在受到严格而不尽合理的限制的商人范围内。因此，可以说，《德国商法典》的此次修订还只是一次不尽成功的改良，至少对商法的调整对象或者立法体例而言是这样的。

实际上，德国学者关于商法内容的迷惑，其原因便在于这样一种不合理但由《德国商法典》所确定的观念：商法乃关于商人的特别私法，而商人的范围又受到严格的限定。于是，诸如《票据法》、《保险法》、《证券法》等法律部门严格地说难以归入商法，而被视为所谓“广义的商法”。因此，若要使商法获得真正旺盛的生命力，从而适应现代经济生活的发展需要，或许确实需要对商法立法体例等问题作出真正的革新。

六、从商人法到企业私法

传统商法，无论奉行主观主义、客观主义还是折衷主义原则，商人都始终是商行为的主体，是商法调整的核心对象，乃至商法被人们视为商人法。对于采主观主义立法例的德国商法而言，商人在商法中更是处于核心地位。然而，随着社会经济生活的发展，这种状态日益演变为商法的弱点，甚至成为致命的弱点。正因为如此，传统商法的独立地位与价值，从其诞生之日起就备受挞伐，使其原本能够正常发挥的经济与社会功能受到极大的削弱，也影响了其适应经济发展所应作出完善的进程。

传统商法以商人为主体所导致的理论缺陷主要表现在两个方面。[1]第一，传统的商人是一个由自然人所派生的法律人格，在表现形式、权利属性等方面含有许多自然人的特征。随着现代经济的发展和经济规模

[1] 参见范健主编：《商法》，2版，35页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002；范健：《二十世纪世界商法之进展》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》，1992（4）。

的扩大，以自然人形态出现的商主体已远远不符合现代经营主体的形态要求。现代经营主体，如公司、合伙企业、其他企业等等，已不再是一个个单个的权利人，而是多个权利人的集合体。即便是个人独资企业与只有一个家庭成员参加的个体工商户，由于商法要求其在商号、商业账簿等方面独立，也与其成员本人区别开来。显然，这些组织体已经不完全是单个的个体，而是一种属于法律人格的组织形式或机构体系。这样便形成了现实中的经济主体与法律上的商人人格之间的差异和矛盾。第二，传统的商人，作为经济活动中的权利人，在财产关系上是与雇员对立的。商人在财产权利上的主体形态，造成了经济生活中不同阶层间的对立，在观念上催化社会矛盾。事实上，现代社会实施商行为都要凭借一定的组织形式，通过注册登记等方式获得相应的经营资格。基于此，相当多的商法学家认为，现代社会经济活动的主体已不再是传统观念上的商人，而是具有一定经济规模和组织形式的企业；企业才是商法中的主体和商法调整的对象，应处于商法的核心地位。① 由此，商法的任务就是调整企业在一定社会中的经营活动，即以企业的形态、企业的成立与消灭、企业的运营与管理、企业的资金筹措、企业的会计与决算、企业的交易等为调整内容。在日本，关于商事关系的性质即有企业说。② 依该说，商人即企业主体，商行为即企业活动。而企业则是持续的、有计划地实现营利目的的统一的、独立的经济单位。该说又可细分为二：其一，只有商事企业才是商法的对象，原始产业的企业应作为商法对象的例外；其二，则认为对作为商法调整对象的企业不必作这种限制。在葡萄牙，学者均认为商法最深远的意义乃在于其特有的法律形式与法律机制，其产生旨在或最初旨在为企业服务。基于此，在描述商法是什么及商法倾向于成为什么时，有学者明确提出：商法是“企业法或围绕企业的法律”③。法国学者 Escarra 则干脆建议将商法改称为“企业法”，以强调商主体的组织形式。④ 反映在立法上，经 1999 年修订后的《澳门

① 参见范健：《德国商法与德国商法典——德国商法中的几个理论问题探析》，载《中德经济法研究所年刊》（1991 年），156 页，南京，南京大学出版社，1992。

② 参见［日］北泽正启编：《商法的争点》，12 页，东京，日本有斐阁。转引自王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载王保树主编：《商事法论集》，第 1 卷，3 页，北京，法律出版社，1997。

③ ［葡］Paolo Mota Pinto，澳门翻译公司译：《民法总论》，13 页，澳门，法律翻译办公室、澳门大学法学院出版，1999。

④ 参见沈达明：《法国商法引论》，6 页，北京，对外经济贸易大学出版社，2001。

商法典》则直接将商业企业作为商主体加以规定。

那么，德国学者对此是如何看待的呢？事实上，视商法为企业法的学说，主要便是在德国商法学界形成并具有广泛的影响。德国许多学者认为，《德国商法典》的内容是可以适用于非商人的，并进一步认为商法是企业的对外私法。尽管“企业对外私法”是一个较为复杂的概念，但是这一概念的提出并非只是为了给立法者一个建议，而是与现行商法的理解与适用密切相关的。为此，必须明确商法不等于《德国商法典》。譬如，零售商 E 从批发商 G 那里接受了货物，数月后，以瑕疵为由拒绝付款（根据《德国民法典》第 478 条之规定）。而事实上他原本可以在接受货物后立即进行检查并将结果通知 G。因此，对其适用《德国商法典》第 377 条规定，使之承担及时通知义务，从而使其不能获得《德国民法典》第 459 条规定的物的瑕疵担保利益，应是一种合乎情理的要求。然而《德国商法典》第 377 条规定要求双方当事人的行为均为商行为，即 G、E 必须均为商人方能适用。这样，就产生了法律适用上的矛盾。就该案来说，如果《德国商法典》第 377 条规定的适用毫无困难，则无须变换商法的含义，即认为商法就是《德国商法典》即可。显然，《德国商法典》在许多诸如此类的问题面前已经显示出了不适应性。

在德国法学界，一般认为商法是商人间的特别私法。称为特别私法，是因为商法并不适用于所有的人；称为商人的特别私法，乃因为商法典以商人为中心架构其体系并予以适用。显然，这里有两个问题必须明确：一是特别私法的界定，二是特别的适用对象即商人的界定。就商人概念而言，《德国商法典》沿用了商法中的“主体体系”，即它不是适用于“特定行为”的特别法，而是适用于“特定主体”的特别法。19 世纪末被德国理论界与立法者确认为商法理论基础的“主体理论”，实际上也恰恰是主张实现商法从“商人法”向“企业对外私法”转变的理论基础。

德国商法学界普遍认为商法的概念过于狭窄。如建筑企业、旅行企业、租赁企业等，如果不进行登记，直到无力支付时，其企业形态才为人所知。根据《德国商法典》第 2 条之规定，这些企业都不是商人，因此不能适用商法规范。那么，是否可以将这些企业的行为一律置于商法规范之下加以调整呢？对此，在德国学术界也存在着争论。为解决这一问题，必须先解决这样一个问题：何为完全意义上的商人概念？在司法实践和理论中存在三种观点或者说三种解决方案。其一，放弃扩大商人范围的努力，即不符合《德国商法典》第 1 条所规定的商人条件的就不

认定为商人。作为一项法律政策而言，放弃乃为服务于“更大的利益”，即人们对法律的信任。这样，就只能依据 1897 年《德国商法典》的有关规定来作出判断。其二，借助法律表象理论保护。尽管《德国商法典》严格规定了商人的概念，但人们可以通过法律表象理论将非商人置于商法调整范围之内。有学者提出，凡在商事交易中以商人身份出现则视为商人。从表面上看，这种观点明朗而易于实施，但是如何对“以商人身份出现”作出判断，则不无疑问，毕竟“商人”本身即是一个复杂的不太现实的概念。因此，从方法论上讲，应设置一个表见商人的构成要件[①]，否则极易造成法律发展与法律发展方法之间的脱钩。其三，将商法规范对非商人类推适用。由于类推适用牵涉到法律的安定性，因此在具体操作上，只能逐步类推适用以发展现行法律体系。这三种方案的顺序，也恰恰反映出商人概念的静止不变--法律拟制（表见商人）--类推适用的发展过程。对此，从事过法律精神发展史的人或曾经阅读过耶林所著《罗马法精神》的人都丝毫不会感到奇怪：这正是法律发展的一般程序。当然，至于上述商人概念的发展是否符合法律政策以及被立法者所认可尚不可知，毕竟这是立法者所争论的问题。

不过，这一发展方法对《德国商法典》与商法均未产生明显的影响，至少目前尚未产生。[②] 因此，商法不是或者说还不是企业法。要使商法发展为企业法必须具备这样一个前提：一般企业法概念及其调整对象的清晰化、明朗化，并且其调整对象符合商法的调整对象与目标。就目前而言，这些条件均尚未实现。在德国，“企业法”的提法在 20 世纪 70 年代就已经作为一项法律政策出现，但是，此后则争论不断。尽管企业法已逐渐发展成狭义上的法律部门，并最终会产生这样一个问题，即商法应否被纳入统一的企业法范畴；然而，到目前为止，可以说企业法还仍然只是在理论上的发展，而尚未能产生任何法律上的后果。不过，在过去一百多年中，人们还是可以看到商法向企业法发展的苗头。实际上，在法律发展上，相对简单的方法是调整对象的扩展。在《德国商法典》中不存在的责任基础、法律表象以及超出规定的商行为等问

---

① 需要说明的是，《德国商法典》第 5 条关于表见商人的规定，仅仅限定在“商号在商业登记簿中已经登记”的人，为与真正意义上的表见商人相区别，可以将这种“表见商人”称为“依登记的商人”。

② 1998 年修订《德国商法典》时，对商法的许多核心内容都作了修订，但是关于商人的内涵与外延并无实质性的修订。

题，都无可否认地在实践中和理论中得到了发展。因此，商法的调整对象正在悄悄地扩大并产生了相应的后果。这是一种客观存在的进程，并不取决于人们去研究或者报道其是否应当或者能够如此。

要实现从商人法到企业法的转变，首先必须解决什么是企业的问题。如果问什么是商人，尽管由于《德国商法典》关于商人的规定不够精确难以作出精确的回答，但是根据《德国商法典》的规定，还是能够予以较为清晰的回答。然而关于什么是企业，理论界仍有许多争议。有人认为，企业的概念是无法界定的，另有人则对企业概念本身的合理性提出质疑。事实上，必须强调的是，企业并非或者说不完全是德国法中的一个法律意义上的概念。体现在立法上，仅有诸如康采恩法或卡特尔法等法律涉及企业（具体内容见本书第五章第一部分）。可以认为，企业的概念只是在实践中通过目的主义的解释方法而发展起来的非法定概念，因而关于企业内涵的理解历来都是多种多样的。然而，尽管如此，企业的概念就像劳动法中雇主和雇员的概念一样重要。德国学者认为，可以对企业做一个基本的界定：它指的是被赋予特别的私法权利的经济团体。这一高度也正是传统商法中商人概念所要达到的，因此，若要在商法中对企业加以界定，亦应包含这一点。至于采纳企业的概念是否会扩大商法的不确定性，实际上，这个问题极易否定，因为企业的概念并不包含比《德国商法典》中商人概念更多的模糊性因素，它同样包含了《德国商法典》第1～6条的内容。譬如，《德国商法典》第1条规定："本法典所称的商人是指从事商事经营的人。"显然，这一概念同样隐含了在企业概念中备受批判的不可衡量性、无定量性。只有对股份有限公司、有限责任公司及合作社法人等形式商人而言，关于经营的概念才作用不大；而在其他商人形态中，则必须首先确定是否属于"从事商事经营"。在"经营"的诸特征中（本书第四章第一部分已有论述），根本性的也是最受争议的就是"营利目的"。譬如，商法是否适用于联邦铁路？代表性的观点有三种。第一种观点认为，应适用商法，因为联邦铁路也是以营利为目的。第二种观点认为，联邦铁路不是商法意义上的商人，但商法应类推适用。第三种观点认为，是否营利无关紧要，一个赤字企业同样是商法的调整对象。

如果我们仔细观察商法意义上的企业概念的效果，就会惊讶地发现，传统商事经营的概念已经为企业概念所包含了。不过，从法律政策上说，企业概念实际上只是商人概念的扩大。一般认为企业具有三项特征，但并未将营利性作为企业的特征。由此可见，是否或者能否营利对

企业的界定并不重要。因此可以断定：尽管企业概念引发了令人厌烦的界定问题，但是与商人的模糊界定相比，该问题正变得越来越清晰了，亦即企业概念的提法并未使问题变得更加复杂化、扩大化。实际上，改变商法以商人作为规制中心的做法，而以企业概念取代之，如本部分开头所述，应成为解决德国商法以及各国商法沉疴的良药。当然要做到这一点，首先必须破除将企业仅仅视为权利客体而不能作为权利主体的陈旧观念。在德国法学界，具有代表性的观点是反对将企业作为权利主体。学者们认为，试图将企业解释为法人的愿望无疑是可以理解的，但这与一般法理相违背，因为企业本身只不过是无行为能力的一宗财产而已。因此，"无论如何不能将企业解释成法律主体"。这一结论的得出，无疑与德国法学界盛行而为立法者采纳的关于法人本质的"法人拟制说"有关。

七、中国商法的历史与现状——作为借鉴德国商法的背景[①]

1992年，中国提出了建立市场经济体制的规划，伴随着这一新经济体制的建立，一系列与传统的计划经济体制完全不同的商事主体和商事行为在中国出现，如传统的国有企业、集体企业等企业形式被有限责任公司、股份有限公司、合伙企业、合作企业、股份合作企业形式所取代；传统的计划经济时代的企业财务转账形式完全被商业票据流转所取代；计划经济时代的企业福利制度完全被商业保险制度所取代；计划经济时代未曾出现过的股票、证券、信托基金、投资基金等等应运而生，所有这些都推动了人们对市场经济体制下商法的价值与作用的重新认识。正是基于建立中国市场经济秩序的需要，学者开始重视对商法的研究。一批研究外国商法的著作相继问世，一批外国商事法律法规也相继被译成中文。在此基础之上，中国开始了较大规模的商事立法活动。《公司法》、《合伙企业法》、《独资企业法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《商业银行法》，以及一大批与这些法律相配套的法规、规章纷

① 应当说，在"德国商法与德国商法典"之中安排本部分内容确实存在着体系上的矛盾，但鉴于研究德国商法的目的本在于为中国商法建设服务，因而特在此插入这一看似"不和谐的音符"。

纷出台。除此之外，在深圳特区，深圳市人大常委会还制定了具有商法通则性质的《商事条例》。

中国商法制度的建立对于当代中国的经济乃至政治格局的变化都将产生深远的影响。

首先，它将从制度上保障中国的市场经济体制的完整性和稳定性。中国的经济体制和经济政策的改革和创新，从新中国建立之始就没有停止过，尤其在中国提出改革开放之后，这种改革的步伐迈得更快、更大。但是，在过去很长一段时期内，我们在经济体制上的改革多数处在临时性、阶段性和不稳定性状态，经济改革的政策性规定多，法律性规定少；临时性措施多，长久性制度少。改革措施的临时性和易变性导致了经济体制本身的不稳定性。1992 年，邓小平同志提出在中国建立社会主义市场经济体制，这是当代中国改革的一个极其伟大的创举。但是，市场经济不仅仅是一个经济活动的方式，更是一个社会性的经济运作规则体系，是建立在相应法律基础之上的社会经济制度。邓小平同志提出的伟大构想能否在中国成为永久的现实，很大程度取决于其能否在制度上得以落实，而商法则是社会市场经济体系赖以依存的法律制度基础。从这个意义上说，没有商法就没有中国的市场经济体系，就没有中国的市场经济秩序，也就没有稳定的市场经济制度。

其次，它将推动中国政治体制改革与发展。在推行市场经济体制之前，由于国家对经济的高度垄断导致了政治权力和行政权力的高度集中，现代社会所需要的民主制度难以真正落实。商法制度的建立从根本上确立了社会经济主体高度的自主权，保障了其经济权利的独立性，它在很大程度上强化了现代社会中公民和经济组织的权利意识，限制了行政权力在经济生活中的随意性和任意性，它实现了社会经济活动的民主化，为全社会政治民主化的健康发展奠定了坚实的制度基础。

再次，它将构建不同政治制度下中国法律协调与统一的基础。在“一国两制”这样一种政治体制之下，中国已经出现一个国家之内多种法系并存的格局。无论从现实经济交往的需要，还是从未来国家的统一与发展着眼，法律的协调，或尽最大可能减少法律的冲突已经是一项十分迫切的任务。而在现阶段，最可行的是商法的协调。商法在推动国家统一和经济一体化方面的巨大功效，无论是从德国商法典，还是从美国商法典的施行中我们都可以观察到。因此，完善中国的商法对于未来中国社会的统一与发展具有不可忽略的价值。

此外，它对于中国长久的开放和中国走向世界将产生深远影响。过

去很多年，中国的经济游离于世界经济格局之外，改革开放以来，中国加大了走向世界的步伐，伴随着中国产品走向世界市场和中国的市场向世界开放，我国经济已经开始融入世界经济的洪流之中，但是我们在经济制度上，尤其在经济法制方面还有很大差距，加快中国商法的发展，有助于我们在经济制度，尤其是经济法制方面与当代世界的发展趋势更加吻合。

中国商法发展面临的最大难点是商法内部的协调与统一、商法汇编与商法典编纂问题。虽然，中国目前已经制定了一大批商事法律、法规，使现行经济活动的诸多方面真正做到了有法可依，但是，这些商事法律、法规都是基于某一特定方面的需要而专门制定的，相互之间缺乏内在的统一与协调，在有些方面还存在颇为明显的冲突。同时，由于法律、法规的过于分散，立法上的重复现象比比皆是，使商法本身变得十分繁杂，增加了人们对法律全面了解的难度，增加了法律适用的难度，减损了法律的功效。由此，商法汇编与商法典编纂已经成为一个十分现实的问题被提出来。但是，多年来，中国法学界受大民法思想影响较深，法学家们对商法汇编，尤其商法典编纂在相当程度上持否定态度。这一方面是由于中国商法本身的不发达所致，另一方面，也与世界范围内，尤其是大陆法国家的商法在立法技术上的成就远不如民法有着一定的联系。

八、以德国商法为代表的大陆法国家商法对中国商法的历史影响及其在当代的局限性

从历史的考证中我们发现，近代西方国家法律向中国的传播，可以说是从商法的传播开始的。中国古代社会长期奉行诸法合体，各个部门法完全被纳入一个法典之中，因此，不存在独立的商法部门或集中的商法制度；同时，由于中国古代是一个重农抑商的社会，商品经济极不发达，调整这一经济关系的商法亦难以发达，即使有不少散见于律令中的关于买卖、钱庄、银票、手工作坊、店铺牌匾等规定，在很大程度上也带有行政法和刑法的属性。19 世纪 40 年代之后，伴随着西方资本主义的进入，中国开始了解西方国家的法律，尤其是商法成为经商贸易之必需。至 1861 年，法国商法被翻译成中文，译名为《贸易定律》。1870

年之后，英国商法中的许多规则，尤其是有限赔偿责任规则普遍适用于在华企业。当时，对于中国的清政府来说，商法是一个十分陌生的事物，没有传统可以因循，只能求助于外国的帮助。清政府在设立商部制定商法的同时，在商部下设律学馆，翻译各国商法。因最初聘请的立法顾问是美国人，因此所翻译的法律法规及法学著作主要是英美商法，如美国破产法、美国公司法、英国公司法等。后来聘请日本人担任立法顾问，在此期间翻译了日本商法、德国海商法、德国破产法等。1904 年清政府颁布了《大清公司律》、《大清商律》、《大清破产律》等一系列商法法规，这些法律在主要内容上基本上继承了德国商法的内容。1912 年中华民国建立之后，虽然在立法体例上奉行民商合一，实质上只是将旧商法中的主要内容，如商法总则、商人、经理人、代办商、商行为、交互计算、行纪、仓库、运送等从德国商法中引进的内容，合并到民法典之中。从历史的角度看，德国商法作为大陆商法的代表对中国商法的影响最大。其影响主要表现在以下几个方面：

其一，立法体例上的影响。前面已经说过，中国古代社会奉行诸法合体，在立法体例上没有法律部门的划分，更不存在商法部门。19 世纪末 20 世纪初，受以德国商法为代表的大陆法国家商法的影响，中国制定了自成体系的商法典，其后，虽然商法典没有得到施行，但大量的商事法规，如公司法、票据法、破产法、海商法等等仍然以相对独立的法律法规形式被制定颁行，这种商法的法典化和商事法规的专门化，从根本上改变了中国传统的立法格局，使中国商法在立法体例上更接近于德国等大陆法国家的商法。这种由大陆法系继受的立法格局，一直延续至今。

其二，立法技术上的影响。中国古代社会由于商法不发达，商品贸易中的许多概念在法律上也是不清晰的，现代商法中的许多概念在中国古代社会几乎是空白。伴随着现代西方商法向中国的传播，西方国家，尤其是大陆法国家商法中的许多概念被逐渐引进到中国。这些概念和术语，有的对中国人来说是一种新的创造，有的则是对中国原有的概念予以改造。如商法中的行纪制度、交互计算制，公司法中的公司、股票、债券、股东、董事、经理等等，这些现代商法中的基本概念都是从大陆法国家商法中最先引进而来；而商号、票据、银行等概念，则是引进了大陆法国家商法中的概念，对中国传统法律中相似概念如牌匾、银票、钱庄等进行了改造，使其成为现代商法上的概念。

其三，立法理念上的影响。中国传统法由于奉行诸法合体，商业法

不成体系。但现代大陆法国家商法，尤其是德国商法注重法的内在逻辑性、体系的完整性、规范结构的严密性、概念的抽象概括性，这些特点在很大程度上影响了中国商事立法的内在风格，20世纪初中国商法典的制定，以及20世纪以来大量商事单行法规的制定，都体现了这些特点。

其四，商法制度、规则上的影响。在中国古代社会，由于商业的不发达，导致了商法的不发达。现代商法中的许多商事制度和规则，在中国古代均不存在。随着现代西方商法的传播，许多重要的商事制度和规则被引进到中国。如保险制度中，保险人与被保险人相互之间的权利义务关系，公司制度中股东出资责任和公司独立的财产责任等等，这些制度和规则都以全新的姿态被中国商法所继受。

以德国商法为代表的大陆法国家商法之所以能够对中国商法产生重要影响，其中一个很重要的原因是中国也是奉行成文法的国家。中国古代社会的法典编纂在立法技术上已经达到相当水平，它为大陆法国家商法被中国接受创造了很好的基础。

中国在继受大陆法国家商法方面，曾经作出了颇为矛盾的选择：一方面，我们大量接受了德国商法中的新概念、新术语、新制度；另一方面，从20世纪20年代末开始，我们否定了德国采用民商法典分立的立法体例。从这种状况上说，我们仅继受了德国商法的精神，没有继受德国商法的形式。这是我们没有真正理解德国商法立法体例的价值，还是德国商法立法体例价值本身应受到怀疑？数十年来，这一直是困扰中国法学界的悬面未决的难题。也正是这个原因，德国商法对当代中国的影响一直受到人们的怀疑。

九、小结

中国建立和发展社会主义市场经济的新时期，需要商法的发达，发达的商法必须在体系上更加完备，商法的法典化是中国商法系统研究所面临的重大问题。中国商法的过去主要在于继受大陆法国家商法的经验，中国商法的未来，则需要在继受的基础上创造适合中国经济特征和世界经济走向的新的商法体系。

下 篇

商法本体论

- ▶ 第八章　商法的语源及含义
- ▶ 第九章　商主体
- ▶ 第十章　商事人格权
- ▶ 第十一章　商行为
- ▶ 第十二章　商事裁判的示范法效力
- ▶ 第十三章　商法的立法模式

第八章

商法的语源及含义

一、"商"的语义考

关于"商"的含义的正确理解无疑对正确认识商法的含义具有非常重要的意义。因此，在界定商法的概念之前，我们特地对"商"的含义加以考察。现代汉语中"商"一词，在英语和法语中表述为"commerce"，在德语中表述为"der Handel"，在拉丁语中表述为"commerium"，在日语中表述为"商业"。"商"是一个古老的用语，同时在现代社会中，它又是一个被多个学科在不同含义上使用的词汇。为明确"商"的确切含义，我们特对商在辞义学、经济学与法学上的不同解释予以简单考察。

（一）辞义学上的解释

中文字义上的"商"，从词源上考察，其内涵经历了一个逐渐演变的过程。古代汉语中，商是一种计时单位，一刻称为一商，古语有谓"商，刻也"[①]。商又被用指"估量"、"推测"，"商，从外知内也"[②]。后来商发展为与量合用，称为"商量"，进而引申为协商之义。有时人

① 《集韵·阳韵》。
② 《说文·内部》。

们还在“经常”、“赏赐”等意义上使用商一词。《高级汉语大词典》对“商”这一词条即作了八种解释。

“商”一词被引入经济生活，人们最初是在相互交换和互通有无这一意义上使用其概念的，它与贸易活动联系在一起。从历史考证中可以看到，在人类社会早期，古老的商事活动主要是物的交换，以互通有无、满足简单生活需要以维持生存为其最基本的目的。当时，交易的标的仅仅是有形物，并且是简单的生活必需品，交易的标准只是一般的价值标准，并无营利的目的。我国古代汉语中关于商的解释便大多立足于这一角度。如“通财鬻货曰商”[①]；“行曰商；止曰贾。商之言章也，章其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商”[②]；“商欲农，则草必垦矣”[③]。后来，随着商品贸易的发展、交易规模的扩大，尤其是在货币出现之后，一个以从事交易活动为职业，并从中获取一定利益的阶层出现了，此即为商人阶层。这时，商逐步演变成一种以营利为目的的活动。这样，“商”一词就丰富了原有的内涵，不仅非营利的交换活动为商，而且以营利为目的的交易活动也为商；商不仅指一种交易行为，有时也特指从事这一行为的人，出现了商即商人的概念，如中国古代汉语中的“布商”、“客商”等。

我国古代汉语中这些对商的最初解释，反映了当时社会对于商品交易和流通活动的基本认识，并近似于各国古代社会对于简单商品交换活动的理解。根据许多权威性的外文词典的解释可以知道，在外文中“商”字指的是商品交换或买卖行为，以及泛指货物、产品或任何种类财物的交易。如美国出版的极具权威性的《布莱克法律辞典》对“商”即作了极为详细的解释，其第一项解释即为：“商是指货物、生产品或任何种类财物的交换。”[④]《拉威尼（Lavine）当代商法》则认为“商”是指“对各种物品的交易或交换之总括。”[⑤] 总之，在外文中，“商”一般均指关于货物的交易或买卖，其含义与汉语中的解释大体相当。作为辞义学上的解释，“商”的特定含义为我们在商法意义上的“商”具体限定了文字内涵与外延，构成了我们研究商法之“商”的意义的基点。

---

① 《汉书·食货志（下）》。

② 《白虎通·商贾》。

③ 《商君书·垦令》。

④ Henry Campbell Black, M. A. Black's Law Dictionary, West Publishing Co, 1979, Fifth Edition, p. 244.

⑤ 转引自张国键：《商事法论》，4页，台北，台湾三民书局，1980。

(二) 经济学上的解释

经济学意义上的"商"是对现代社会生产过程中某一部分经济活动(即商品流通活动)的理论概括。理论界一般认为,经济学上所理解的"商"是指以营利为目的的各种商品交换行为,即以营利为目的,直接媒介财货交易的行为。易言之,"商"即介于农业、工业等生产者与消费者之间,直接媒介财货交易,调剂供需,而从中获取利润的行为。[①]这种认识显然与古典经济学中将经济活动区分为"生产活动"与"非生产活动",以及现代经济学中将社会生产区分为"直接生产过程"与"商品流通过程"的观念有着内在的联系。按照马克思主义的经济学理论,生产以及由生产决定的交换和流通,不过是统一社会生产过程中的不同环节,只要产品交换是用来制造供直接消费的成品的手段,则在这个限度内,交换本身就是包含在生产之中的行为。并且,随着现代社会中商品经济关系的巨大发展,传统意义上的商品概念日益扩展,以营利为目的的经济活动范围也日益扩大,服务、信息、技术等早已成为交易对象,因而制造业、金融业、服务业、信息贸易、技术贸易与传统商业之间的实质性差异已经日益模糊。这就要求经济学理论适时修订其关于"商"的界定。然而,很明显,经济学意义上使用的"商"的概念,只具有"商"的最传统的意义,通常称之为"买卖商",也就是一般学者所称"固有商"。这一概念不仅要比法学上"商"的范围狭窄得多,而且明显滞后于市场经济发展的实践。这就要求经济学理论适时修订其关于"商"的界定。事实上,尽管经济学理论中"商"的含义尚未得到根本性拓展,但在一些发达资本主义国家,也发生了细微的变化。

(三) 法学上的解释

法学上的"商"也称为"商事",其概念是在对商事习惯和不同时期商事实践的法律概括基础上逐步形成的。随着古典商业时代的结束,传统的商人交易行为逐渐丧失了其概括性含义,而成为所谓"主观意义上的商";随着早期资本主义贸易范围的扩大,传统的直接媒介商品交

① 参见张国键著:《商事法论》,4页,台北,台湾三民书局,1980;苏惠祥主编:《中国商事法概论》,3页,长春,吉林人民出版社,1996。

换行为也丧失了其概括性含义，而成为所谓“固有商”；而随着现代社会经济的高速发展，商事的范围和种类正愈衍愈广，愈衍愈繁，形成所谓“无业不商”之局面，使商业范围得到空前的拓展。[①] 基于此，在法律用语中，“商”具有比经济学上的理解宽泛得多的含义，以营利为目的、从事媒介交易的行为，皆可成为法律意义上的“商”。具体来说，法学中所说的“商”，不仅包括流通领域，更包括生产领域，属于广义上的解释。但是，它也并非指所有的生产和流通行为，只有生产和流通与营业联系在一起，即生产和流通是为了一定的营利目的而持续进行时，这种行为方可视为法律意义上的商。也就是说，法律意义上的商，是一种特指的营业活动，而非一般的贸易活动。从法律上理解商，重点不在于商的方式，即是否属于流通和生产，而在于商的目的，即是否属于营利性活动，以及商的主体资格，即从事这种营利性活动的行为人是否具有商事能力。

在商法学的论著中，根据商事经营的范围，一般将“商”分为四种类型。第一种类型为“固有商”或“绝对商”，指的是直接媒介财货交易的行为，亦称“第一种商”。第二种类型为“辅助商”，指的是间接媒介财货交易的行为，或者说使“固有商”得以实现其目的的某种辅助行为，如货物运输、仓储保管、居间、行纪、商事代理、包装、装卸等。与“第一种商”相对，“辅助商”也称为“第二种商”。虽非直接或间接以媒介财货交易为目的的行为，但其行为或为便利资金的融通，如银行、信托业务等，或从事与商品交易媒介行为密切相关的活动，如承揽运送、制造加工、出版、印刷、摄影等，也被归人“商”的范畴[②]，即一般学者所称之“第三种商”。与直接或间接媒介财货并无任何关联，只是直接或间接为商事活动提供服务的广告传播、财产保险、旅馆、饭店、摄影、浴室及各种娱乐业，法律上也认为属于“商”的范畴，学理上一般称之为“第四种商”。尽管这种极为流行的划分并不能做到很精确，但不管怎样，至少可以看出，法学上的“商”，其范围是非常广泛的。

作为一个法律术语，“商”一词也是一个不断发展变化的概念，其内涵与外延都随着历史的发展而不断丰富。起初，商的标的仅仅为动产

---

① 参见赵万一主编：《商法学》，17页，北京，法律出版社，2001。

② 参见［日］田中耕太郎：《商法总则概论》，31页，转引自覃有土主编：《商法学》，2页，北京，中国政法大学出版社，1999。

和有形财产，而如今，绝大多数的不动产、无形财产、票据、有价证券、知识产权等等都可以成为商的标的；原先，商的行为仅仅为买卖、代理、票据、运输、保险、海商等，而如今，信托、证券交易、融资租赁、知识产权贸易等，都不同程度地成为商行为的一个部分；原先，商主体以自然人为主，或以按法定程序拟制的商人为主，而如今，在许多国家，自然人仍可以商自然人名义存在，但大量存在的还是法人或非法人组织，企业已成为最主要的商主体。随着科学技术的发展，许多新兴行业信息产业与其他高新技术产业，都将不断加人商的范畴，从而使商的领域不断延伸。

二、商法相关概念辨析

在我国，由于商法典或其他形式意义上的商法的缺失，商法始终都只是一个学理上的概念，基于学术进路上的差异，“商法”概念本身即有不同的称谓。对于这些互不相同而又相互关联的概念，学者们基于不同的立场，往往作出差异甚大的界定。为正确理解商法的含义，有必要对这些相互关联的概念予以辨析。

在我国改革开放之初，有学者曾认为“商法”是资本主义的概念，只有“商业法”才是社会主义的概念，并再三强调“不能把资本主义的商法与社会主义的商业法等同起来”①。甚至有人从市场经济和计划经济的角度去划分商法和商业法，认为“市场经济的商法，就是资本主义国家传统的商法，而计划经济的商业法，指社会主义的商业法”②。不过随着我国市场经济体制建设的进一步发展，学术界几乎已经没有人持这种极为偏激的观点了。此外，在我国，还有学者将“商法”、“商事法”、“商业法”界定为大、中、小三个层面，认为“商法”是个大概念，“商事法”是个中概念，“商业法”是个小概念，而“商人法”则是个古老的概念。③ 实际上，这种理解并不确切。在英语中，“商法”与

① 任先行、周林彬：《比较商法导论》，14页，北京，北京大学出版社，2000。
② 任先行、周林彬：《比较商法导论》，14页，北京，北京大学出版社，2000。
③ 参见刘心稳主编：《中国民法学研究》，252页，北京，中国政法大学出版社，1996；转引自任先行、周林彬：《比较商法导论》，15页，北京，北京大学出版社，2000。

"商事法"均用 Commercial Law 表示，"商业法"用 Business Law 表示，但这几个词基本上是通用的，并没有严格的界限。在《布莱克法律辞典》中没有 Business Law 而只有 Commercial Law 词条，但该词条实际上包含了"商法"、"商事法"、"商业法"的含义。[①]《不列颠百科全书》(国际中文版）立足于英美社会，也没有收入大陆法系民商法分立之"商法"（Commercial Law）词条，并将"Business Law"中译为"商业法"，认为其含义是"指通过公约、协议、国内或国际立法规定的调整商业事务中人际关系的法规总称"[②]。《中国大百科全书》(法学卷）则将商法和"商业法"都译为 Commercial Law。我国出版的《新汉英法学词典》在"商法"与"商业法"词条下均将 Business Law 与 Commercial Law 等纳入其中，可见并未予以严格区分。[③] 对此，有学者认为就"商业法"而言，由其本意，我们毋宁称之为"商贸法"[④]，以区别于民商法分立的大陆法系国家作为法律部门的商法。英美法不讲究部门划分，与企业和经营有关的法就是 Business Law，反托拉斯法和税法也不妨包括在内，因此不宜将 Business Law 和 Droit des affairs 译成颇具部门法韵味的"商法"；"商业"含有狭义交易之义，计划经济的流通体制和流通制度又曾称为"商业法"，将其译为"商业法"显然更有不妥，难为法学人士所接受。日本人在吸收西方文化、引进法律概念和制度方面看来确实比中国人高明，他们从来就是把 Business Law 译成"经营法"的。法国"我知道什么?"丛书《经济法》的中译者宇泉将 Droit des affairs 译成"企业法规"，至少也是理解了 Droit commercial（Commercial Law）与 Droit des affairs（Business Law）之间具有重大的实质性差别，它与日本人的"经营法"有异曲同工之妙。因此，很明显，我国法学界对商法概念的指称确实较为混乱。[⑤] 事实上，"商事"一词并非专门用来反映商事立法的宽窄的，它主要是一个法律上的学术用语。迄今为止，世界上还没有哪一个国家的商事立法以"商事法"命名，但却有许多学术著作取名为"商事法"。

---

① See Henry Campbell Black, M. A. Black's Law Dictionary, West Publishing Co, 1979, Fifth Edition, p. 245.

② 史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》，2001 (4)。

③ 参见余叔通、文嘉主编：《新汉英法学词典》，671、673 页，北京，法律出版社，1998。

④ 史际春主编：《经济法总论（教学参考书)》，46～49，303～309 页，北京，法律出版社，2000。

⑤ 参见史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》，2001 (4)。

不过，在国外，也确有不少学者将“商业法”与“商法”予以严格区分，分别赋予不同的含义。譬如，许多法国学者即认为商法经历了由“商人法”向“商业法”再到“商法”的发展过程。在法国久负盛名的“我知道什么?”丛书中《商法》即为其中一部重要著作。该书较为详细地分析了由“商人法”到“商业法”再到“商法”的演变过程，指出这种演变说明了商法的这三种类型之间存在着内在的联系，但其间却确实存在着与其各自社会经济条件相适应的内在特质。概言之，“商人法”属于在以农业为主的社会中调整各种手工业、商业活动的法律，“商业法”属于进入资本主义大工业生产阶段后的法律，“商法”则属于按照市场经济模式而形成的科技、工业和城市的社会中的法律。[①]

此外，还特别需要说明一下“商人法”的概念。依照传统观念，商人法是指产生于中世纪欧洲商人中间、专门调整商人之间关系的一系列习惯和规则，是中世纪城市文明和商业文明的产物。[②] 商人法是由商人们根据自身的需要而创造的商事习惯与惯例发展起来的，它是商人意志和愿望的反映和体现。从本质上说，商人法是商人们之间的商事交易关系的真实反映。作为现代商法历史渊源的商人法，今天已经发展成为一个相对独立的法律部门或法律体系，它主要调整不同国家（不同法域）之间的商事关系。[③] 在该特定意义上，商人法已经发展成“现代商人法”，它是指第二次世界大战以后，国际法学界的某些学者因不满国际贸易合同受制于内容彼此相异的各主权国家国内法的状况，而积极寻求的一种独立适用于日益发达的国际贸易事业，并能反映国际特征的法律制度，有的学者称之为“新的商人习惯法”[④]。实质上，现代商人法显然属于国际贸易法的范畴，与作为国内法的现代商法之间具有极为明显的界限。

① 参见［法］克洛德·商波著，刘庆余译：《商法》，4～51页，北京，商务印书馆，1998。

② 对商人法的历史渊源问题，还有一种观点认为商人法源于古罗马的习惯规则，如B. Goldman就主张古罗马万民法是商人法的历史渊源。See Filip De Ly: International Business Law and Lex Mercatoria, North Holland, 1992, p. 9. 不过，即使是认为商人法形成于中世纪的学者，也认为商人法的形成“得益于反映在新发现的优士丁尼法律文本中的罗马法”。See Harold J. Berman, Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1983, p. 340.

③ 参见郑远民：《现代商人法研究》，14～15页，北京，法律出版社，2001。

④ ［英］施米托夫著，赵秀文译：《国际贸易法文选》，14～16页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

总而言之，商法概念存在着不同的称谓，而这些概念又被赋予了不同含义。商人法虽然是商法最早的概念，但现在已经极少有人在商法意义上使用，只有一些国际法学者在国际贸易法意义上使用，并将其称为"现代商人法"或"新的商人习惯法"。因此，为了明确区分，不应将商法称为商人法。至于商业法，不管是属于商人法与商法之间的过渡阶段商法的特定形态或发展阶段，还是属于所谓社会主义国家的商法，抑或是在"商贸法"意义上的特定含义，都与我们基于市场经济体制下的商法内涵不合，也不应使用。在学理上，商事法与商法含义相同，一般可以混用，但不管是在立法上还是学理上，更多地被使用的还是商法，并且商法概念本身也确实更加简洁明了。当然，商法调整的是商事分立关系，如果使用商事法概念，似乎能够更好地反映其性质；然而，正如民法调整的是民事关系但不称为民事法而仍然称为民法一样，商法自然也没有必要一定要称为商事法。况且，在商法中，"商"与"商事"实际上是同义的。也就是说商法之"商"与商事法之"商事"含义相同。从这一点来说，倒是商法比民法更好地反映了其调整的法律关系性质。因此，为了在我国商法建设中统一认识，我们认为尽管使用商事法概念并无不妥，但最好还是统一使用商法概念为好。

三、商法概念界定

（一）商法定义辨析

商法被纳人国内法后，在大陆法系国家，商法的界定方法变得极其复杂，形成了各种不同的商法概念。依法国商法典，可以认为商法是关于一定商行为的特别法。[①] 依德国商法典，可以认为商法是适用于商人的特别私法。[②] 依日本商法典，可以认为商法是关于商事的特别法规。

---

① 确切地说，1804年《法国商法典》乃采商行为主义者，但现行法国商法已改采折衷主义，目前仍采商行为主义者以《西班牙商法典》为代表。

② 参见［德］罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞著，楚建译：《德国民商法导论》，231页，北京，中国大百科全书出版社，1996；［德］迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译：《德国民法总论》，16页，北京，法律出版社，2000。

我国商法学界关于商法的定义基本一致，但几乎所有的定义都失之模糊，未能准确地表达出商法的内涵。绝大多数商法著作都是从商事关系的角度定义商法的，即商法“是调整商事关系的法律规范的总称”①。与此相似，有学者模仿民法定义将商事关系进一步分解成商事财产关系与人身关系予以定义，即认为“商法是由调整商事财产关系和商事人身关系的法律规范组成的有机联系的法律规范体系”②。也有学者从商事或商事活动的角度定义商法，如认为商法“是调整商事活动的法律规范的总称”③，或简单地界定为“商法是关于商事的法律”④。还有学者从商事关系的具体内容的角度将商法界定为：“商法是规范市场主体（商人）和现代市场行为（商行为）法律规范的总称，一般包括‘商组织法’和‘商行为法’两大部分的内容”⑤。与这种将商法作极为宽泛的解释的观点相似，我国一些否认商法独立性的学者将商法调整对象泛化为经济贸易关系，认为“在大陆法的思维和背景下，‘商法’只能是指私的调整各种经济贸易关系的法，属于民法范畴，又必然包含着民法”⑥。我国台湾地区学者对商法的界定也大体相当。他们一般认为商法是“规范关于商事（交易）之法律”，并将其区分为形式意义上与实质意义上之商法。形式意义上商法指民商分立国家所制定而以“商法”命名的法典，质言之，即指经过制定法典次序之商法法典，至于其单行的商事特别法，是否均以“商法”命名，则可不受限制。实质意义上的商法，则指以商事为其规范对象之各种法规而言，就法律形式言之，则无所谓商法法典，凡有关商事的规定，或分别编人民法法典，或另订商事单行法规，均属商法范畴。⑦

显然，上述商法定义既未能揭示出商法的本质特征，又未能清晰地

---

① 覃有土主编：《商法学》，2页，北京，中国政法大学出版社，1999；王保树主编：《中国商事法》（新编本），4～5页，北京，人民法院出版社，2001；赵万一主编：《商法学》，15页，北京，法律出版社，2001。

② 寇志新主编：《商法学》，1页，北京，法律出版社，1996。

③ 赵中孚主编：《商法总论》，3页，北京，中国人民大学出版社，1999；《法学词典》（增订版），867页，上海，上海辞书出版社，1985。

④ 赵万一主编：《商法学》，1页，北京，中国法制出版社，1999。

⑤ 徐学鹿主编：《商法教程》，1页，北京，中国财政经济出版社，1997。

⑥ 史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》，2001（4）。

⑦ 参见张国键：《商事法论》，7页，台北，台湾三民书局，1980；刘清波：《商事法》，1页，台北，台湾商务印书馆，1995；刘兴善：《商事法》，1页，台北，台湾三民书局，1984；郑玉波：《商事法》，9版，2页，台北，“大中国”图书公司，1998。

揭示出商法的调整对象，使得人们通过模糊的商法定义难以观察到商法的确切含义。而成文法的一大特征便在于通过一系列相互关联的概念之间层层推进的严密的逻辑推演，实现法律适用的目的。因而，尽管未必通过立法的方式对法律概念作出界定，但必须在理论上对每一个概念予以明确界定，从而实现法律的解释与具体适用。就概念界定的一般要求而言，应当做到将特定概念所包含的本质特征都体现于其定义之中。毕竟，从“广义上说，每一种关于法的定义都是一种法解释”[①]。譬如，尽管极少有国家对民法作出立法上的界定，但理论界一般都要确定民法的定义。因为“我们一开始研习民法，首先面临的就是‘民法’这个概念，必须从分析‘民法’这个概念入手，才能展开以后的研习工作”[②]。对此，我国学者一般认为，民法是调整平等主体之间财产关系和人身关系的法律规范的总称。[③] 我国台湾地区与外国学者虽然未能极尽其细，但也在其定义中较好地揭示了民法的基本内涵。[④] 与此相对照，商法的定义就显得过于模糊了。

为了尽可能清晰地揭示出商法基本内涵与本质特征，我国也有学者努力更加具体而清晰地定义商法概念。如有学者认为，“商法又称‘商事法’，它是指规制营利性主体的经营性活动，调整由其所生的商事关系的法律规范的总称”[⑤]。该定义的不同之处在于，它是从商主体所实施的商行为角度予以界定，指出了商事关系系营利性主体在实施经营性活动过程中发生的法律关系。显然，该定义较好地遵从了法律概念定义的一般要求，但不足之处在于，仍然未能明确地指出商事关系与商主体和商行为之间的内在联系，而是使用了内涵模糊的“营利性主体”与“经营性活动”概念，从而回避了商法定义中理应予以揭示的主体与（或）行为内容。较近出版的属于“面向21世纪课程教材”的《商法》教科书则对商法概念作出了这样的定义：“商法是指调整商事交易主体

① 梁治平：《法律的文化解释》，载《中国社会科学季刊》（香港），1993年第4卷。

② 江平主编：《民法学》，10页，北京，中国政法大学出版社，2000。

③ 参见魏振瀛主编：《民法》，1页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2000；马俊驹、余延满：《民法原论》（上），3页，北京，法律出版社，1998。

④ 参见施启扬：《民法总则》，1页，台北，台湾三民书局，1996；李模：《民法总则之理论与实用》，1页，台北，荐菱企业有限公司，1998；武忆舟：《民法总则》，4页，台北，台湾三民书局，1985；［日］四宫和夫著，唐晖、钱孟珊译：《日本民法总则》，3页，台北，台湾五南图书出版公司，1995。

⑤ 董安生等：《中国商法总论》，23页，长春，吉林人民出版社，1994。

在其商行为中所形成的法律关系，即商事法律关系的法律规范的总称。"[①] 相对而言，这一定义保留了前一定义的优点，同时较好地克服了其模糊了商主体与商行为的缺点。但是，该定义还是存在以下两点缺陷：其一，未能明确揭示"商事交易主体"的具体范围，商事交易主体就是商主体还是既包括商主体也包括一般民事主体，从其字面上看还不得而知；其二，未能明确揭示是否商主体实施的行为就是商行为，以及是否商行为的实施主体就是商主体？当然，如果结合全书内容分析，还是能够看出作者的明确意思，只是限于篇幅，作者未能予以详细分析而已。但不管怎样，作为研究商法的最基本的前提，我们还是有必要对商法概念尽可能地作出完善而精确的定义。

如上所述，法律概念的定义应揭示出该概念所包含的基本内容与本质特征，使其在商法的解释上具备特定的意义。并且，"法律概念的发展应与商业方法的发展保持平衡"[②]，而不应拘泥于传统的或者约定俗成的理解。因此，我们在给商法概念下定义时，也必须遵循这一原则，才有可能给出一个科学、完善的定义。那么，我们首先就必须明确地回答，商事关系的主体是否只能是商主体，商事关系变动的原因是否只能是商行为，商主体实施的行为是否就是商行为，商行为的实施主体是否就是商主体等等难以准确回答的问题。当然，这些问题绝非一两句话就能简单回答的。但是，这些问题又绝对是研究商法所不容回避的基本问题。事实上，正如本书导论部分所述，尽管这些问题极难驾御，但正因为其具有突出的理论与实践价值，才构成了我们切入商法基础理论研究的最初动因。因此，我们将在本书的相关章节具体回答这一系列的基础性难题。不过，鉴于这些问题是给出商法定义的前提，我们可以在此简单地作出以下判断：商事关系的主体既包括商主体，也包括作为商主体商事交易相对人的一般民事主体的非商主体，还包括从事了商行为的一般民事主体；商事关系变动的商法意义上的原因只能是商行为；商主体实施的行为即可推定为商行为；商行为的实施主体一般应为商主体，但一般民事主体亦可成为商行为的实施主体。

---

① 范健主编：《商法》，2版，5页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

② ［美］本杰明·N·卡多佐著，董炯、彭冰译：《法律的成长：法律科学的悖论》，260页，北京，中国法制出版社，2002。

（二）商法概念的具体分析

基于上述商法基本问题的结论，我们可以对商法作出这样的定义：商法是指调整因商主体及其他主体所从事的商行为而形成的法律关系即商事法律关系的法律规范的总称。可以更加简洁地将其定义为：商法乃指调整因商行为而形成的商事法律关系的法律规范的总称。在理解商法的概念时，有必要从不同的角度对商法予以分析，从而加深我们对商法概念的精确理解。

首先，从商法的表现形式来看，可以将商法划分为形式意义上的商法和实质意义上的商法。形式意义上的商法，是指采民商分立立法例的国家，在民法典之外制定的以"商法"命名的法典，其内容主要包括商主体与商行为之界定与创设等商法的一般规则，以及商事公司、票据、保险、破产、海商等基本制度。在大陆法系国家中，法国、德国、奥地利、比利时、卢森堡、希腊、西班牙、葡萄牙、埃及、日本、韩国、巴西、智利、阿根廷等国均制定有商法典。形式意义上的商法概念理论着眼点为规范的表现形式和法律的编纂结构，它以法律文件的表现形式即商法典作为商法概念的界定基础。由于各国法典编纂的原则不同，形式意义上的商法又可分为主观主义立法例、客观主义立法例与折衷主义立法例等三种主要类型。

实质意义上的商法是指一切调整商事关系的法律规范的总称。其概念的理论着眼点乃为商事法律规范的性质、规范的作用、规范的构成、规范实施的方式等等在理念上的有机统一。它不以商法典作为商法概念的界定基础；商法的形式包括各种有关商事专门法规；商法规范不仅仅存在于商法典之中，而且还大量地存在于民法、行政法以及其他法律、法规和判例之中。从实质意义上看，无论是大陆法系还是英美法系，无论奉行民商分立还是民商合一的国家，都存在着实质意义上的商法。

其次，从商法所包括的范围来划分，可以将商法分为广义的商法与狭义的商法。这种分类是对实质意义上的商法的再次划分。广义的商法则包括全部商事法律部门，即不仅包括规定商主体与商行为等基本制度的商法典，而且包括与商事交易活动密切相关的各种法律，如规定公司、票据、商业银行、保险、运输、信托、工商权利保护等内容的法律。有些商法著作甚至认为广义的商法还包括劳工法、破产法、反不正

当竞争法等内容。[①] 另外，我国台湾地区还有学者认为广义的商法包括国际商法与国内商法。其中，国际商法指的是国际法上的商事法规，如国际邮政条约、电讯条约、船舶碰撞与海难救助统一公约，以及其他有关商事公约，两国间友好通商航海条约，国际间共同遵守的商事习惯法等。国内商法指的是关于国内之商事法规，又可分为商事公法与商事私法。商事公法系指公法上有关商事规定，散见于各种公法之中，其本身并无完整体系，如宪法、行政法、刑法、诉讼法、非诉事件程序法中有关商事规定等；商事私法指的是私法上关于商事之法规，在民商分立国家表现为商法典、商事特别法以及有关商事习惯法等形式，在民商合一国家则表现为民法典中的商事规定、关于商事的民事特别法以及有关商事习惯法等形式。[②]

狭义的商法仅仅指商法典及其附属法规，如商法典及其施行法等。从性质上讲，狭义的商法属于国内商法中之商事私法，商事公法则并不包含在内。[③] 尽管狭义的商法范围较窄，但"通常研究商法者，大都以狭义的商法为其研究对象"[④]。我国法学界也正是在狭义上使用商法的概念并在狭义上展开商法研究。

最后，从法系上还可以将商法划分为英美法系商法与大陆法系商法。如果从一般意义上之商法即狭义的商法出发，应当认为英美法系国家并不存在商法，但如果从广义上出发，则可认为英美法系国家也存在实质意义上的商法。传统上，英美法系商法大多表现为判例法与习惯法形式，同时也颁布了一些属于现代商法的单行商事制定法。一般认为，除公司法外，英国商法还"包括以下法律分支：代理与合伙，货物买卖与分期付款，垄断与限制性贸易做法，流通票据，商业证券，保险，陆上、海上和航空运输，破产，仲裁"[⑤]。美国则除同样存在大量商事判例法外，各州都制定了为数众多的商事单行制定法，联邦立法机关则制

① 参见［德］贝克：《商法典及商事法规汇编》，23版，序言，13页，慕尼黑，1990。

② 参见张国键：《商事法论》，7～8页，台北，台湾三民书局，1980；刘清波：《商事法》，1～2页，台北，台湾商务印书馆，1995；郑玉波：《商事法》，9版，2页，台北，"大中国"图书公司，1998。

③ 参见张国键：《商事法论》，8～9页，台北，台湾三民书局，1980；刘清波：《商事法》，2页，台北，台湾商务印书馆，1995；董安生等：《中国商法总论》，23页，长春，吉林人民出版社，1994。

④ 张国键著：《商事法论》，9页，台北，台湾三民书局，1980。

⑤ ［英］施米托夫著，赵秀文译：《国际贸易法文选》，28页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

定了州际商法、破产法等。此外，美国法学会与统一州法委员会还共同制定了《美国统一商法典》。虽然该"商法典"并不具有直接法律效力，但"目前，美国各州已经全部采纳了该法典为本州法，只是在接受程度上有所差异，有的州稍加修改后即全部采纳，有的州只是采纳了其中部分章节"。与此相似的《商事公司示范法》等商事示范法也在美国商事实践中发挥了积极的作用。不过，从严格意义上讲，英美法系商法确实与采民商分立立法例国家的商法不可同日而语。因此，尽管英美法系灵活的商法渊源对我国商法建设具有重要的借鉴意义，但就法典编纂的形式而言，被我国某些商法学者视为现代商法典型代表的《美国统一商法典》，并不具有太大的借鉴价值。

在大陆法系国家，商法还可进一步划分为商事普通法、商事特别法和商事习惯法。商事普通法是指调整商事基本关系的一般规则的总称，其内容包括有关商法的原则、商主体、商行为、商业登记、商业账簿以及对商行为的一般控制制度等。商事普通法在民商分立国家表现为统一的商法典，而在民商合一国家则多表现为民法中的特别规则或单行法，但不管采取何种形式，它们均对各种类型的商事法律关系具有普遍的适用力。商事特别法又称商事部门法，它是指调整某一特定范围的商事关系的商法规范的总称。例如，大陆法系国家普遍存在的公司法、保险法、商事破产法、票据法、海商法、仲裁法等便都属于商事特别法。商事特别法是对特定商事关系的专门调整，一定的商事特别法对于特定的商法关系，对其他的商事关系则不具有适用力。按照特别法优先于普通法的法律适用原则，商事特别法对于特定的商事关系应优先于商事普通法而适用，只有在商事特别法未予规定的情况下，才能适用商事普通法的普遍性规定。商事习惯法则是指在社会商事实践中自发形成并经国家认可的，调整商事关系的习惯规则，通常具有非成文性和行业性规则形式。一般来说，大陆法系国家并不承认习惯的法律渊源效力，但基于商法的特殊性，一般承认商事习惯的法律效力。不过，按照各国商事司法实践的认识，商事习惯法对于成文法而言仅具有补充适用意义。①

我国目前尚不存在形式意义上的商法，不少传统民法学者基于民商合一立法体例的考虑，也往往认为不必制定形式意义上的商法，但随着市场经济体制的建立，我国许多商法学者认为应当制定与我国市场经济

① 参见董安生等：《中国商法总论》，24页，长春，吉林人民出版社，1994。

建设实践相适应的商法典。事实上，在我国，实质意义上的商法早已大量存在。不仅仅在诸如传统的民法、经济法、行政法等法律文件中存在着大量的调整商事交易主体及其所从事的商行为的法律规范，而且还陆续制定了一大批商事特别法，如公司法、票据法、银行法、保险法、海商法等。事实上，这些单行商事法不仅大量存在，而且由于其制定较晚，其中许多法律还相当发达。此外，形式意义上的商法，也在地方法规中出现了，如深圳特区颁布的《商事条例》即属一部成功的地方商事法规性质的形式意义上的商法。

四、商法的特征

（一）商法特征的研究基点

法的特征是法本身所固有、所确定的东西，从一定意义上讲，是法的本质的外化，是法区别于其他社会现象的重要标志。[①] 作为部门法的商法，其特征则构成商法区别于其他法律部门的主要标志，成为商法本质的外在表现形式。由此可见，商法的特征对于我们学习与研究商法具有重要的指导价值。依此，似乎理所当然地要对商法的特征展开研究。但是，我们发现，尽管包括台湾学者在内我国商法学者撰写的商法著作都要对商法的特征展开论述，但是除商法与经济法之外，极少有哪一种部门法学的著作尤其是教科书中专门阐述该部门法的特征。[②] 但是，在我国，经济法与商法教科书中则基本上都要阐述经济法与商法的特征。究其原因，或许是因为经济法乃介于公法与私法之间的新的法律部门，而商法则系既独立又从属于民法的法律部门，为确立独立法律部门的地

① 参见李龙主编：《法理学》，24页，武汉，武汉大学出版社，1996。

② 举例示之，施启扬著《民法总则》，李模著《民法总则之理论与实用》，武忆舟著《民法总则》，[日] 四宫和夫著《日本民法总则》，[德] 迪特尔·梅迪库斯著《德国民法总论》（法律出版社 2000 年版），魏振瀛主编《民法》，马俊驹、余延满著《民法原论》（上），张正钊主编《行政法与行政诉讼法》（中国人民大学出版社 1999 年版），郑成思著《知识产权法》（法律出版社 1997 年版），刘燕著《会计法》（北京大学出版社 2001 年版），林嘉主编《外国民商法》（中国人民大学出版社 2000 年版）等各部门法学典型教科书中均未涉及各自部门法特征问题。

位，确实有必要在部门法哲学上展开为其他较为成熟的法律部门所无须强调的基本问题的研究。客观上，借助归纳确切的经济法与商法特征，确实可以较为清晰地认识经济法与商法之基本制度与具体内容。这一点，正如法律概念的研究价值。哈特指出，在与人类社会有关的问题中，没有几个像“什么是法律”这个问题一样，如此反反复复地被提出来并且由严肃的思想家们用形形色色的、奇特的甚至反论的方式予以回答。而与“什么是法律”这个问题不同，没有大量的文献去致力于回答诸如“什么是化学现象”或“什么是医疗”等问题。[①] 正因为法律概念中包含了对法律本身的基本理解与立场，完全有必要予以反复研究，直至穷尽真理或者达成一致或接近一致的意见。对商法与经济法特征的研究价值，或许也近似于此吧。因此，在真正切入商法研究之前，我们认为，还是有必要对商法的特征予以研究，使我们对商法的系统认识与抽象的商法的特征的结论相契合，从而使商法研习者尤其是商法学习者能够借助商法的特征较好地把握商法的内容。

明确了商法的特征的研究价值之后，还必须解决一个问题，即从哪一个角度研究？如上所述，商法特征当是指将商法作为一个独立的法律部门，并置于整个法律体系之中与其他法律部门相比较而显现出来的本质外化的个性化特征。依此，应将商法之外全部部门法都作为比较对象。然而，作为私法之商法，其作为私法之一般特征早已无须过多着墨，所难界定或者容易引起混淆者，惟民法之一般特征与商法之特殊特征，因此，关于商法特征的研究，只需立足于民法与商法相互对立之立场即可。[②]

商法究竟具有哪些特征，学者们的观点并不完全一致。从商法不同发展阶段与不同角度出发，学者们往往得出不同甚至差异较大的结论。并且，在相同的结论中，为许多学者所共同认定的特征，实际上也缺乏严密的论证，或者说其所谓特征与商法具体制度难以契合，因此即使是这些共同的特征也有待具体考量。造成这种现象的原因，一则由于世界各国商事立法本来就差异较大，基本商事制度表现出较大的不一致性；二则商法不同于民法，民法在保持了历史的连续性的同时还保持了高度的一致性，商法则由于其调整对象随着商品经济的发展而表现出巨大的

① 参见［英］哈特著，张文显等译：《法律的概念》，1页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

② 参见高在敏：《商法的理念与理念的商法》，4页，西安，陕西人民出版社，2000。

差异性，因而形成了具有实质性差异的不同发展阶段，以不同发展阶段为基础得出的结论当然不同。但是，如上所述，商法的特征又是商法研习者研习商法的起点，因此，我们有必要对不同观点予以批判的基础上，得出一个尽可能科学合理的结论。

第一种观点认为商法具有八大特征：营利性、技术性、公法性、协调性、国际性、整体性、发展性、变动性。[①] 第二种观点认为商法具有七大特征：形成的规律性、规范的技术性和进步性、主体的单一性、所规范行为的营利性和规范性、制度的有效性、结构的系统性、适用的广泛性。[②] 第三种观点认为商法具有四大特征：营利性、较强的技术性、公法性、国际性。[③] 第四种观点认为商法具有这样四点特征：复合性和兼容性、较强的技术性、明显的营利性、显著的国际性。[④] 第五种观点认为商法具有以下四大特征：营利的特性，确认企业维持的制度，确认交易顺利、可靠、安全的原则，组织法与行为法相结合。[⑤] 第六种观点认为商法具有五大特征：（1）商法兼具私法和公法的特性，是公、私法结合的法，但其本质仍为私法；（2）商法以促进和保护商事交易中的利益实现为主旨，具有营利性；（3）商法适应商事交易现代化、科技化的要求，具有较强的技术性；（4）商法适应商事交易国际化的要求，具有国际性；（5）组织法与行为法相结合。[⑥] 与记载该观点的教科书相配套的教学参考书还在此五大特点的基础上补充了四点特征：协调性，进步性，整体性，确认企业维持制度。[⑦] 我国台湾地区的商法学者一般认为，商法具有六大特征：公法性、技术性、国际性、营利性、协调性、进步性。[⑧]

---

① 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，19～24 页，北京，北京大学出版社，2000。

② 参见徐学鹿主编：《商法教程》，4～5 页，北京，中国财政经济出版社，1997。

③ 参见董安生等：《中国商法总论》，25～27 页，长春，吉林人民出版社，1994。

④ 参见赵万一主编：《商法学》，26～29 页，北京，法律出版社，2001；覃有土主编：《商法学》，4～7 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

⑤ 参见王保树主编：《中国商事法》（新编本），22～27 页，北京，人民法院出版社，2001。

⑥ 参见赵中孚主编：《商法总论》，19～22 页，北京，中国人民大学出版社，1999。

⑦ 参见林嘉等主编：《商法总论教学参考书》，25～27 页，北京，中国人民大学出版社，2002。

⑧ 参见张国键：《商事法论》，20～25 页，台北，台湾三民书局，1980；刘清波：《商事法》，2～5 页，台北，台湾商务印书馆，1995。

面对这些差异极大的商法特征的概括，确实给人一种无所适从的感觉。由于这些结论形成的基础并不相同，应当说各个结论都有其相对的合理性，因此要绝对地说哪些结论更加确切，本身就失之武断。不过，某些结论的得出也确实不够严谨。譬如，因为商法多采取任意性与强制性相结合的原则，就认为商法具有协调性特征多少显得有些牵强。事实上，在现代法律体系中，许多法律部门如民法中的合同法、知识产权法等都表现出这种协调性色彩。至于整体性，更是所有法典化的法律部门都具有的特征。甚至诸如行政法、经济法等未能法典化的法律部门也具有整体性特征。所谓主体的单一性，则让人难以理解。商法的主体固然只能是商主体或者主要是商主体，但民法的主体也只能是民事主体，行政法主体也只能是行政法律关系主体等等不一而足。制度的有效性、结构的系统性、适用的广泛性等"特征"，更加明显地是所有法律部门所共有的属性。所谓"复合性与兼容性"，实质上只是"公法性"与"协调性"的另一种表达而已。"确认企业维持的制度"确实为商法所特有，可谓商法的"特征"。提出该观点的学者认为，企业维持具体包含以下四点内容：职工的地位，资本的集中，确保企业的独立性，企业破产、解散的风险回避。① 很明显，前三点内容实际上与所谓企业维持并无太大的关联，惟有第四点内容可谓实质上的企业维持制度。但是，这一制度不过是商事责任的特殊性的一种表现形式而已，称之为商法的特征不太妥当。"确认交易顺利、可靠、安全的原则"，实际上本身就是商法基本原则的内容，不必作为商法的特征强调。"组织法与行为法相结合"这一"特征"尽管极少有人作此判定，但确实是商法的特色所在。不管是在商法典还是在其他商事单行法中，这种特征都清晰可辨。当然，诸如票据法这样的纯粹意义上的商行为法，则不能表现出该特征。不过，如果将所有商事法律作为一个整体看待，而又认为所谓"组织法与行为法相结合"指的正是这种法规混合作用的形式，倒也未尝不可作如此判断。然而，事实上其所指确非如此，客观上也不宜作如此理解，因此仍然不应将"组织法与行为法相结合"认定为商法的特征。

那么，商法究竟有哪些特征呢？要解决这个问题，无疑应具体剖析商法的规范组成情况，比较其与其他法律部门规范之间的差异，对此形成清晰认识，在此基础上才能得出科学的结论。要做到这一点，首先就

① 参见王保树主编：《中国商事法》（新编本），23～24 页，北京，人民法院出版社，2001。

必须对商法调整对象即商事关系的要素有一个明确的认识。然而令人遗憾的是，几乎所有的商法学者都未能对此予以明确的界定。也正因为这样重要的基础性问题未能得到解决，才导致了商法研究举步不前。因而作为商法基础理论研究的重要环节之一，我们有必要加强对商法特征予以科学归纳的研究，使之基于体系化的商法内容形成清晰而科学的结论。

对此，有学者注意到商法兼具组织法与行为法的特性，而组织法与行为法又表现出较大的差异，因而在归纳商法特征时分别针对组织法与行为法得出不同的结论。具体来说，认为在组织法方面，商法具有五点特征：资本的集中、人才的使用、职工积极性的发挥、风险的分散、企业的维持；在活动法方面，商法也具有五点特征：营利性、敏捷性、安全性、自由性、技术性。[①] 应当说这样分别针对商组织法与商行为法归纳出不同的特征，更加简便，确实也可能更加确切，但是这样做显然只是回避问题而没有解决问题，毕竟作为一个独立的法律部门的商法，不可能没有属于自己的完整的特征。此外，也有学者在基于组织法与行为法区分认识的前提下，提出作为一个整体的商法具有以下五大特征：（1）商法调整行为的营利性特征；（2）商法调整对象的特定性；（3）商法规范较强的技术性与易变性；（4）商法的公法性；（5）商法的国际性。[②] 客观地讲，该结论并没有太多的创造性，还是明显地受到了台湾学者的影响。不过，作为一个独立的法律部门，其特征既然是其本质的外在反映，不同学者之间的结论本不应该存在太大的差异，毕竟就某一个问题来说，真理只有一个。[③] 从这个角度来说，该结论还是具有明显的合理性，并且注意到结合商法具体内容作出判断，提出了或修正了几个"特征"，从而使其趋于完善。具体来说，该说注意到了商法作为一个法律部门，其本身不可能具有营利性，只不过商主体实施商行为时必然是以营利为目的，不以营利为目的实施的商品交易行为，即使获得盈利，该行为则不能成为商行为，行为主体也不能成为商主体。一般认为某个法律部门之所以成为独立的法律部门，便在于其具有特殊的调整对

① 参见王书江主编：《中国商法》，8～11页，北京，中国经济出版社，1994。

② 参见范健主编：《商法》，2版，6～7页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

③ 当然有人认为法学本身并非一门科学而是一种艺术，因而无所谓真理可言。事实上，即使认为法学是一门科学，也属于不具有惟一正确性的社会科学。但不管怎样，任何问题总归是有其相对科学合理的答案的。

象与调整方法。[1] 因此，商法之所以成为一个独立的法律部门，便在于其具有特殊的调整对象。正因为商事关系具有不同于民事法律关系的特殊性，才使商法独立于民法而存在。在此意义上，突出商法具有特殊的调整对象是合理的。但是，所有法律部门都具有调整对象的特殊性，因而商法具有特殊的调整对象这一点，并不能构成商法的特殊性。也就是说商事关系的特殊性是需要强调，但又不必作为商法的特征予以强调，毕竟任何法律部门所调整的社会关系都是有特殊性的。传统上属于私法的商法，在今天也应从本质上将其归入私法范畴。因此，具有明显公法色彩的商法，就不同于同样兼具公法与私法色彩但更多的具有公法色彩或者说从本质上可归入公法范畴的经济法，而应当在突出其本质属性的私法性的同时强调其公法属性。不过为准确起见，在措辞上还是应当作适当的修订。为多数学者所公认的商法的国际性，现在看来其特殊性已经逐渐淡化。在简单商品经济条件下，或者在不甚发达的市场经济条件下，调整平等主体之间财产关系与人身关系的民法原本具有国内法属性，各国民法之间表现出明显的差异。但是，为满足社会发展的需要，在国际交往日益发达的基础上，不同国家的民法逐渐相互吸收、相互渗透，从而趋于接近甚至趋于一致，此即民法的趋同化。[2] 因此，不仅商法具有"国际性"，民法也具有"国际性"。只不过商法乃以市场交易关系为其惟一调整对象，而市场经济本身具有内在的规律性，因而各国商法之间表现出更多的趋同性。此外，台湾地区学者作出商法具有国际性特征判断的依据，乃在于近代以后国际商事条约大量制定，国际商事习惯法也大量存在，从而使包含国际商法的广义的商法具有明显的国际性特征。我国学者得出该结论时，也大多以此为据，并增加了国内商事立法的趋同化作为判断依据。基于以上分析，可以认为，将"商法的国际性"界定为商法的特征并不合理，毕竟我们一般都是从狭义上去理解商法，并不将国际商法包含在内，而国内商法的趋于接近或一致，只能说明商法具有趋同性而已。不过，鉴于商法的国际趋同性较之民法更加明显，作为商法的特征予以强调，倒也未尝不可。

（二）商法特征的具体分析

基于上述各种"商法特征"的辨析，可以认为商法具有以下基本特征：

---

① 参见张文显主编：《法理学》，101页，北京，法律出版社，1997。

② 参见马俊驹、余延满：《民法原论》（上），30页，北京，法律出版社，1998。

1. 商行为的营利性

虽然商法与民法同属私法，都是关于私权的规定，并具有共同的理念，但是两者的具体性质并不相同。民法侧重于保护民事主体的一般利益，商法则侧重于保护个人与企业的利益。具体表现为商主体与商行为都强调以营利为目的，将其作为制度设计的基点。营利性是指经济主体通过经营活动而获取经济利益的特性，是商事活动的主要特性。商主体身份之确定、商行为之界定、商事活动之目的，以及商事立法与司法之原则，无不与营利有关。因此，商法中的一些重要制度之构造，如商主体设立、变更和终止、商业登记、商业账簿、商号等，以及商行为中的一些重要规则之确立，如买卖、代理、仓储、票据、证券、保险、海商等等，都必须考虑营利性特征。此外，商法所特有的一些法律原则和法律规定，如关于商法规则的灵活性、迅捷性、合同形式、利率、结算、税收等方面的特殊规定，也无不以营利之特性为出发点。由此可见，所谓营利性既包括商主体的营利性也包括商行为的营利性。但商主体的营利性必然要通过其商行为的营利性反映出来，因此直接以商行为的营利性表示即可。至于为何不直接称为商法的营利性，其原因已如上文所述，此处不赘。我们还可以从与营利性相对的非营利性意义的角度予以探讨。若某一市场交易主体实施某种市场交易行为并不以营利为目的，而只是为某种公益事业筹集资金，则该主体不能成为商主体，其市场交易行为也不能成为商行为。因此，这种表面上与商主体无异的法律主体被称为非营利性组织。这种不以营利为目的的非营利组织，即使从事商主体类似的市场交易行为，也不能适用商法。

2. 商法规范较强的技术性

从社会学角度观察，法律条款由伦理性条款与技术性条款组成，而任何法律部门都是法技术的构造，因此所有法律部门都具有技术性。但由于商法以经济效用为主要目的，为维护交易的便捷、公平与安全，其规定更加明显地具有技术性，与作为一般私法的民法偏重于伦理规范有着明显的不同。商法的技术性主要体现在商行为法部分，法律对商行为中的行为方式、行为环节、行为规则都作了具体、详实的规定，具有很强的可操作性和技术性。例如，票据法中关于票据之文义性、独立性、要式性、无因性等特性，出票行为、背书行为、承兑行为、票据抗辩、追索权之行使等无不具有极强的技术性。其原因便在于票据法要保证在一定的时间、一定的地点，交付一定的金额，并且要求在持票人不获支付时，能够获得简便稳健的救济方法。保险法中关于保险费用、保险金

额、保险标的以及损害赔偿的估定等规定，由于富有数学与统计学上的定律，无不要求作针对性的特殊制度设计，也都表现出极强的技术性。海商法中关于共同海损、理算规则等等，都涉及大量的技术性问题。在兼具组织法与行为法属性的公司法中，关于公司机关的组成、公司股份的构成及股票的发行、交易、公司治理结构、董事会召集程序和表决方法、公司债券、公司财务会计等制度，更是随着公司本身及其制度的发展而作技术性设计的结果。正因为商法具有浓郁的技术性，才使其在各国存在技术上的共通性，可以相互借鉴，从而更多地表现出国际趋同性。

3. 商法兼具公法性

在大陆法系国家，法律被分为公法和私法。现代法学一般认为，凡涉及公共权力、公共关系、公共利益和上下服从关系、管理关系、强制关系的法，即为公法；而凡属个人利益、个人权利、自由选择、平权关系的法即为私法。① 传统上，商法作为商人自治法，属于典型的私法。近现代商法作为调整商事交易主体关系的法律，一般被视为民法的特别法，从根本上说属于私法范畴。但随着现代经济的发展，社会整体观念的加强，对于私法关系，逐渐改变以往放任主义的态度，而采取积极干预主义的方式，从而形成所谓“私法公法化”。此“公法化”之私法中，商法表现得尤其明显。也就是说，商法在仍以私法规范为其中心的同时，为保障其私法规范之实现，设置了大量属于公法性质的条款，使之与行政法、刑法等公法具有不可分离的关系，从而形成“商法之公法化”。例如关于商业登记、商业账簿、商号等规定都具有明显的公法色彩。当然，“这些公法性条款始终处于为私法交易服务的地位，由此，它还不能从根本上改变商法的私法属性”②。

4. 发展性

商法与民法，虽然同样属于关于社会生活之法律规范，但其具体调整的社会生活却大为不同。商法调整的是市场交易关系，民法调整是一般商品关系与人身关系。很明显，市场交易关系会随着商品经济与市场经济的发展而发生巨大变化，而一般商品关系与人身关系则往往保持较强的稳定性。因此，民法具有固定性与继续性，往往沿袭援用，一般较少修改；而商法则随着市场交易方式与内容的发展变化，呈现出不断发

① 参见张文显主编：《法理学》，89页，北京，法律出版社，1997。

② ［德］海曼：《商法典评纂》，第1卷，5页，1989。

展进步的特点。商法从无到有，从初步形成到日趋完善形成统一的体系，即是其发展性的体现。商法最初表现为商人习惯法，后来通过编纂商事习惯法，推动了商法的制度化、规范化的步伐，使商法的发展有了一个形成成文法的基础。后来，商事习惯法逐渐发展成为国内法性质的制定法，并创立了大量的商事制度，进一步推动了商法的发展。进入现代社会以后，社会市场经济实践发生了实质性变化，使商法在新的基础上获得了全新的发展。可以说，商法从其产生之日起，静止只是相对的，运动则是绝对的，发展进步是其存在的本质要求。与商法的发展性相适应，商法在立法上当然要求适时变化，针对发展变化了的社会经济生活实践予以适时的修订，因而又表现出变动性。也就是说，对商法来说，法律的安定性应让位于法律的适应性，当社会经济形势发生变化，作为商法存在基础与目的的市场交易实践相应发生实质性变化时，商法就应作适时修订，否则商法就将严重滞后于经济生活实践，从而失去其存在的基础与意义。这样，商法进行重大修订就很正常也很必要，其结果就表现为商法的变动性。

第九章

商 主 体

一、引言

关于商法的地位，在经历了短暂的商法与经济法之间的关系论争之后，除极个别学者还认为"公法化了的商法应当归入经济法"外[①]，商法作为民法的特别法已经成为普遍的共识，以至于民法与商法被合称为"民商法"。在学科上，"民商法"也作为一个独立的学科招收硕士与博士研究生。关于民法与商法之间的关系，多数学者都主张，商法是民法的特别法，但同时又具有独立性[②]；另有一些学者则主张，商法在某种意义上可视为民法的特别法，但并不具有部门法上的独立性。[③] 还有学者甚至主张，商法并非民法的特别法，应具有区别于民法的完全独立的地位。[④] 与之相适应，在立法体例上，则有如下主张：其一，采民商分立立法例，在《民法典》外制定单独的《商法典》或《商法通则》，但在许多基本制度上《商法典》或《商法通则》可直接适用《民法典》的有关规定[⑤]；其二，采民商合一立法例，制定包含商事基

---

① 参见史际春、陈岳琴：《论商法》，载《中国法学》，2001（4）。

② 参见范健主编：《商法》（第二版），20页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

③ 参见史尚宽：《民法总论》，63页，北京，中国政法大学出版社，2000。

④ 参见徐学鹿：《论我国商法的现代化》，载《山东法学》，1999（2）。

⑤ 参见范健主编：《商法》（第二版），20页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002；徐学鹿：《商法学》，62页，北京，中国财政经济出版社，1998。

本制度的《民法典》，并在《民法典》之外制定单行商事法律①；其三，采民商合一立法例，对传统《民法典》与《商法典》加以改造，制定统一的《民商法典》②；其四，采民商分立立法例，制定适应商法现代化需要的《商法典》，并构造独立而完备的商法体系。③

在这些各执一词的观点面前，人们似乎有一种无所适从的感觉。事实上，在当代法律中，也确实没有哪一个法律部门像商法这样，在不同国家的法律体系中的地位存在着如此巨大的差异。④ 因此，在讨论商法的地位时，我们不能拘泥于民商合一或者民商分立的立法模式而作一般分析，而应该透过这种表面现象，考察商法究竟是否有其独立存在的依据。多年来，学者们在分析商法的地位时，往往通过对西方国家民商分立或民商合一立法例形成的时代背景、内容体系以及立法沿革予以比较分析而得出结论。无疑，这种分析是必要的，但若据此得出结论，则显得过于草率。在立法上，商法应如何安排，应当在经过深刻而缜密的理性思考后，才能得出结论，而不应站在各自学科的角度，妄下不太负责任的结论。从理论与实践的关系来看，民商法关系的论争已远远落后于民商立法实践。在世界范围的民商立法中，民法的商事化，商法的民事化已形成一种普遍现象，这种现象使民商法的实质内容出现了水乳交融的关系，民商法的实际关系并不因为学者们的"分立"或"合一"主张而改变。另外，商事法律规范既可以在传统商法典中表现，也可以在商法典之外以单行法的形式表现，这就是说，现代商法规范的存在形式已经具有了多样性。这些情况表明，现代民商法的关系已进入一个新的阶段。⑤ 因此，我们不能以传统的眼光审视现代民商法之间的关系。

中国商法发展面临的最大难点就是商法内部的协调与统一，以及商法典的编纂问题。⑥ 因此，要对商法的独立性问题作出结论，首先就必须对这些问题予以正面回答，在理论层面上深入挖掘，认真探讨，最终得出科学结论。不去着力于解决这些问题，而奢谈商法的地位与立法模式，既无意义，也是一种不负责任的学术态度。毕竟，理论研究必须服

① 参见邓峰：《试论民法的商法化及其与经济法的关系》，载《法学家》，1997（3）。
② 参见王明锁：《论中国民商立法及其模式选择》，载《法律科学》，1999（5）。
③ 参见徐学鹿：《论我国商法的现代化》，载《山东法学》，1999（2）。
④ 参见范健：《当代主要商法体系论纲》，载《法律科学》，1992（6）。
⑤ 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996（5）。
⑥ 参见范健：《中国商法的发展与法律继受》，载范健等主编：《中德法律继受与法典编纂》，75页，北京，法律出版社，2000。

务于实践，并对实践起到指导作用。在法制现代化建设仍在进行中的中国，民法典的制定尚处在专家草案的完善阶段，关于民法与商法的立法模式问题的研究，对于制定出一部科学的民法典以及商事立法的科学安排，具有非同寻常的意义。这就需要大力加强商法基础理论的研究，通过扎实的专题性理论研究，逐步解决这些问题，从而明确民法与商法在理论与立法上的关系。基于此，我们希望通过对上述问题的深入探讨，为最终建立起商法理论体系，做一些理论准备。

商主体的问题，过去无论在立法、司法还是在法学研究方面，我们都重视得不够。事实上，商法要成为独立的法律部门，必然要有其特殊的调整对象，而作为商法调整对象的商事法律关系，又必然要有独立的商主体。基于此，商法能否作为一个独立的法律部门，首先必须论证商主体的独立性。除此之外，关于商主体的内涵界定，商主体的基本范围等问题的研究，对于商主体体系的构建，以及未来商法典或商法通则的编纂，都起着至关重要的作用。因此，鉴于商主体在商法理论体系中的核心地位，我们在此以商主体为题加以论述。

二、商主体的独立性

（一）商主体独立性的立法考察

相当一部分法学家都认为，传统商法是由中世纪的商人法演进而来。[①] 因而，中世纪商人特殊地位的形成及其演变过程值得我们研究。公元 11、12 世纪左右，欧洲领主制度的不断衰落使社会上出现了大批的“行商”，即中世纪的商人。随着城市的兴起，商业伴随着工业发展的步伐得到迅速的发展，而城市的发展也要以商业的发展为条件，因此，市政当局往往授予常驻市场的商人以专营权和特权。在北欧，国王则亲自授予商人以特权。[②] 当最早一批有关商事经营的城市立法和海商立法颁布时，商人便成为这些法律中独立而特殊的权利主体。到了中世

① 参见范健主编：《商法》，2 版，34 页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

② 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，149 页，北京，北京大学出版社，2000。

纪末期和近代初期，伴随着商事立法的逐渐规范化和完整形态的出现，虽然以商人命名的法律日益减少，商法所涉及的范围日益增大，但是，商人在法律上的地位却逐渐得到巩固，其特权也未曾受到削弱。[①]

法国大革命后，在平权政治观念的影响下，1807 年《法国商法典》为使每一个人都平等地获得从事商事经营的资格，改变具有特权色彩的商法形象，一改商人中心主义的立法模式，以商行为作为构建商法体系的中心概念。然而，商行为必然离不开商事活动的主体即商人，势必难以回避商人的特殊规定。该法第 1 卷第 1 编即为“商人”[②]，可见，这部法典在形式上贬低了商人的地位，但实质上并未能改变商法以商人为主体这一客观事实。由于主体上的特殊性，不可避免地仍然使商主体与民事主体区别开来。1900 年生效的《德国商法典》没有仿效《法国商法典》，仍然以商人作为构建整个商法的中心概念，从而恢复了商人中心主义。该法第 1 编即为“商人的身份”的专门规定。商主体作为“商事经营者”[③]，虽然首先应以民事主体的身份出现，但因其经营营业的特殊性，也与普通的民事主体区别开来。《日本商法典》采折衷主义的立法例，同时以商人和商行为作为构建商法的基点，也肯定了商人的独立地位。该法第 1 编第 2 章即为关于“商人”的专门规定。商人是指“以自己名义，以实施商行为为业者”[④]。由此，商主体也与一般民事主体区别开来。同属大陆法系，又采民商分立立法例的《澳门商法典》，总体上讲应属于法国式的客观主义（商行为主义）。但该法第 1 编以“商业企业主、商业企业及商行为”为名，在规定商行为的同时，没有规定“商人”概念，而以商业企业主与商业企业界定。[⑤] 该法以商业企业取代了传统商法的商人概念，并通过商业企业主商事能力的限定，使商主体更加明显地与民事主体区别开来。《美国统一商法典》与大陆法不同，其对商主体并无严格的限定，范围很广，“商人是指从事某类货物交易业务或因职业关系以其他方式表现其对交易所涉及的货物或做法具有专门知识或技能的人；也指雇佣因职业关系表明其具有此种专门知识或技

① 参见范健主编：《商法》，2 版，34 页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

② 金邦贵译：《法国商法典》，1 页，北京，中国法制出版社，2000。

③ 范健等译：《德国商法典》，载《中德经济法研究所年刊》，（第 6 卷），229 页，南京，南京大学出版社，1995。

④ 王书江、殷建平译：《日本商法典》，3 页，北京，中国法制出版社，2000。

⑤ 参见赵秉志总编：《澳门商法典》，15 页，北京，中国人民大学出版社，1999。

能的代理人、经纪人或其他中介人的人”。可见美国在界定商事主体时，主要采取二标准制。一是职业标准，即以从事货物交易业务为职业的人；二是商人必须是有与所从事的货物交易业务相关的专门知识和技能的人，这是核心标准，也是美国商法的特点。[①] 因此，在美国商法中，商人概念虽然极为宽泛，但因其特殊限定性，与一般民事主体区别甚为明显。制定于 1962 年并经过了 1991、1994、1995、1998 年先后四次修订的《韩国商法典》，与《日本商法典》相同的是，两者均以商人与商行为作为界定商事关系的基本要素，不同的是，商人的概念更加明确，范围则更加广泛。该法典第 1 编第 2 章，即是以“商人”为标题的专门规定。[②] 可见，制定较晚，并新近修订过的《韩国商法典》仍然选择了赋予商人以独立的地位。

在采民商合一立法例的国家或地区，商主体或商人并非立法上的概念，而是学理上的概念，似乎商主体完全为民事主体所包含，从而丧失了其独立性。但如果仔细分析，我们就会发现，实际上这只是一个表面现象。公认为开民商合一先河的《瑞士民法典》，虽然没有规定商主体或商行为概念，而是通过统一的民事主体——自然人与法人来规范民商分立国家的商人，但该法第 59 条第 2 款规定：“以经济为目的的法人，适用有关合伙及合作社的规定”[③]，因而性质上属于商主体的“以经济为目的的法人”，由于其组织与行为规范上的特殊性，也是按照区别于一般民事主体的规则调整。从这个意义上说，尽管商主体规定于作为《瑞士民法典》之一编的《瑞士债务法》中，但仍然不失其独立地位。深受《瑞士民法典》影响的 1929 年《中华民国民法典》，也采取了民商合一的立法例，使在中国本就缺失的商主体观念，在经历了短暂的《大清商律草案》的认定后，消失于立法者的视野。然而，“鉴于企业之组织活动及其关联事项之特别生活秩序，并鉴于其反复性、集团性，及其个性丧失之定型化，对于公司、票据、保险、海商认为特殊制度，使其在巩固的基础上迅速安全的进行交易，以尊重合理的意思，划一的处理事务，为其指导原理……故由民法中划出，使另成特别法”[④]。因此，关

① 参见周江源：《论商事主体体系的构筑》，载《广西政法管理干部学院学报》，2001（1）。

② 参见吴日焕译：《韩国商法》，3 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

③ 殷生根、王燕译：《瑞士民法典》，19 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

④ 史尚宽：《民法总论》，56 页，北京，中国政法大学出版社，2000。

于商事组织，虽无商主体的名义，但通过特别法规定的方式，仍然使其独立于一般民事主体。并且，由于商事营业的特殊要求，势必需要对商事组织予以特殊的规制，而商事组织除公司有公司法调整外，并无专门法律予以针对性调整，因此，我国台湾地区又颁布了“商业登记法”及“商业登记施行细则”，用以调整独资组织与合伙组织的有关登记、主体资格的认定事项。[①] 1942 年意大利将民法典与商法典合而为一，制定出了统一的《意大利商法典》，这被许多人作为民商合一立法趋势的例证。事实上，尽管该法典力图将一切商品交易关系纳入到民法典中，但以抽象的法人制度，或者具体化了的社团法人与财团法人制度，要解决设立、内部组织关系与外部代表关系都极其复杂的商主体的相关问题，是根本不可能的。因此，在关于民事主体的一般规定之外，又在第 5 编中以第 2 章第 2～3 节、第 5～8 章、第 11 章共计 433 条对农业企业、商业企业与其他应登记的企业、公司（合伙）、合作社与保险合作社、入股、企业以及对公司与康采恩的处罚等问题作了专门规定。[②] 可见，尽管没有商主体的一般规定，但还是对商主体的具体形态的具体制度作了详细规定，从而在实质上确立了商主体独立于一般民事主体的法律地位。

（二）商主体独立性的法理分析

1. 一般分析

“正是主要为了满足新的商人阶级的需要，才形成了一种新的商法体系。”[③] 传统商法的商人身份特性是建立在商人的特权基础上的。一开始，是商法作为商会的自治规则，将商人以外的其他人排除在商法适用范围之外，后来是近代国家人为地“把商业经营圈定在一个法律隔离体内”[④]。诸如此类的论述，被许多学者相互援引，俨然成为一时之公理。1929 年《中华民国民法典》制定时，立法机关关于采行民商合一立法例的八点理由中，第五点即为“因人民平等，认为应订立民商统一

① 参见刘清波：《商事法》，19 页，台北，台湾商务印书馆，1995。

② 参见费安玲、丁玫译：《意大利民法典》，21～27 页，北京，中国政法大学出版社，1997。

③ ［美］H.J. 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，407 页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

④ 殷志刚：《商的本质论》，载《法律科学》，2001（6）。

法典也”。其具体内容为：“人民在法律上本应平等，若因职业之异，或行为之不同，即于普通民法之外，特订法典，不特职业之种类繁多，不能普及，且与平等之原则不合。”① 这些见解，至今还成为反对商法独立化的学者的有力武器。

我国就有学者在分析了1911年瑞士改采民商合一立法例，1942年意大利将民法典、商法典并入统一的民法典中之后，得出结论：“这不是一个简单的回归，而反映了商事立法的趋势。这一趋势的深刻的社会意义是商品经济的特性要求人们在法律上的地位应该是平等的，如果因为职业的不同，行业的不同，在普通法之外另行制订商法典，是与这一要求相违背的。”②

然而，如果我们透过这种所谓给予商人以特权的表象，考察一下商主体之所以成为独立于民事主体之外的特殊主体的深层次原因，就会发现，商主体独立化主要原因乃在于其所实施的营业行为的特殊性，要求以特殊的组织形式、行为规范以及责任承担方式等区别于一般民事主体而存在与运作。如果说中世纪的商人基于其获得的特许状，尚可谓得以经营商事行为的特权阶层的话，法国大革命以后的近代商法赋予商人以独立于民事主体的商主体资格，则纯粹是出于一种技术上的安排，除了使其获得了从事商营业的“特权”外，并未赋予商主体以任何特权，相反，甚至是通过对商行为的市场准入限定以及对商主体更加严格的要求，对商主体设置原较民事主体严格得多的限制。易言之，中世纪商人身份昭示的是一种非商人所不能企及的特权，而近代以后的商人身份则只是意味着商人营业能力与资格获得了确认，而并非特权。毕竟，任何人只要依法办理有关手续，即可获得商人身份，并且商法对商人的要求往往要严格于一般民事主体。

有学者在驳斥了“商法制造了一种商人特权”因而不宜民商分立的观点的同时，认为商法并非身份法或特权法，而是特别行为法，商人的身份因其从事的特殊行为而来，强调了商主体与民事主体、商法与民法应严格区分的见解。③《法国商法典》在否定商人特权地位的同时，又通过专门的商法典规定了商主体制度，其内在原因有学者认为，是“商法已形成它独特的法律传统，它没有明显的与罗马法有关联

① 王书江：《中国商法》，15页，北京，中国经济出版社，1994。

② 施天涛：《商事立法体例与民法典的制定》，载《法制与社会发展》，1998（3）。

③ 参见江平、龙卫球：《合伙的多种形式和合伙立法》，载《中国法学》，1996（3）。

的祖先"①。如果说法国商主体独立存在的原因果真如此的话，那么在德国法学界被普遍认为很成功的《德国商法典》不仅规定了独立的商人制度，而且强化了商人的地位，其内在原因则在于，德国商法本身是对民商合一体制的反叛：德国的立宪政体不允许实现私法一元化，加之德国商法比较合适地划分了民法与商法的范围，赋予了商人以扩大了的含义，使其不仅包括了属于自然人的商人，也包括了合伙组织、法人，特别是各种人合公司和资合公司，因此远远超出了中世纪商法和法国商法中的职业自然人商人的范畴。② 这样，商主体的特殊规制就成为一种适应现实需要的立法者的主动安排。事实上，到《德国商法典》制定之时，社会经济状况已经发生了巨大变化：社会本位取代个人本位成为基本社会理念，职业自然人商人虽然仍然存在，企业则成为市场交易最重要的主体，对商人实行重于民事主体的严格责任成为实现社会正义的基本需要。这一切都必然促使长于理性思维的德国学者对商主体予以关注和反思。

2. 由抽象人格到具体人格

传统民法抽象人格的法律构造，只是实现了所有主体形式上的"平等"，这种掩盖了各个自然人之间、法人之间以及自然人与法人之间大量存在的实质差异的"平等"，只能是一种理想中的状态，必然导致实质上的不平等。尤其是随着生产力的发展，在市场交易中，个体之间的差异进一步扩大，使作为近代民法基础的两个基本判断即所谓平等性和可互换性已经丧失，出现了严重的两极分化，如企业主与劳动者、生产者与消费者的对立，由此产生了现代民法中的具体人格。近代民法追求形式平等。但鉴于20世纪社会经济生活所发生的根本变化，传统民法所规定的抽象的人格，对一切民事主体作抽象的对待，造成了经济上的强者对经济上的弱者在实质上的支配，反过来动摇了民法的基础。因此，现代民法在价值取向上转而追求实质平等，在维持民法典关于抽象人格的规定的同时，又从抽象人格中分化出若干具体人格。③ 如果把近代民法对平等原则的确立称为从身份到契约的运动，那么现代民法可称为从契约到身份的运动。如果说传统商法对商主体独立规定的选择多少

① [美] 艾伦·沃森著，李静冰等译：《民法法系的演变及形式》，150页，北京，中国政法大学出版社，1992。

② 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996 (5)。

③ 参见梁慧星：《从近代民法到现代民法》，载《中外法学》，1997 (6)。

还带有一些历史与习惯因素的影响的话，现代民商法实践则已经证明，商法得以保持其旺盛的生命力，乃因其恰好是建立在现代民法的具体人格基础上的。或者说，现代民法对传统民法抽象人格的纠正，便是通过赋予商主体以具体人格，针对不同类型的商主体具体情况，设置不同的组织与行为规范，从而实现民商主体实质意义上的平等。这种制度安排反映了现代民商法对社会妥当性的追求。具体说，就是立法者对现代商主体在其营业活动中安全、效率、秩序的价值追求，以及对与商主体发生交易关系的弱势群体予以特别保护的具体体现。更为重要的是，随着市场经济的进一步发展，内部组织规则与外部代表规则都明显不同于传统民事主体的商主体，即使传统民法经过了抽象人格具体化的"革命"，也仍然不能满足其特殊的要求。从这个意义上说，商主体制度已经不能为传统民事主体制度所完整包容。因此，尽管许多学者对商法典理论体系的不完备性颇多诟病，并且在商法典之外还存在着并继续制定新的大量单行商事法律，但对商主体予以特别规定的做法却始终没有改变。在采民商合一立法例的国家和地区，虽然并未规定形式意义上的商主体，但仍然必须在民法典之外，对作为典型商主体的各种企业形态予以区别立法，在设立、资本、组织、责任等方面作出不同于民事主体的严格要求。上文提到过的台湾地区在"公司法"之外另行颁布了"商业登记法"可谓明证。

3. "人的普遍商化"与"商法民事化，民法商事化"辨析

近年来，国内外都有学者以所谓"人的普遍商化"、"商法民事化，民法商事化"为理由，否定商主体的独立性。对此，我们应予辩证分析，透过这种现象，考察商主体是否真的与一般民事主体混同无异。

有人提出，"经济和经济民主的发展，导致人的普遍商化，使商法规定的商人很难与自然人和法人相区别。"[①] 我们认为，所谓"人的普遍商化"，只不过是指商品经济高度发达后，绝大多数人都被卷入了市场，参与商品交换，但这并非意味着人人都是商人。实际上这只是一种形象的说法，本身并非严格的法律用语。在实行商人特许主义的中世纪，商人身份只是少数获得特许状的人的特权，自从《法国商法典》以平等的精神，赋予所有人平等地从事商行为的能力后，商人身份就不是依赖特许而获得，而是依赖商行为或商人所从事的营业行为的特性而取

---

① 邓峰：《试论民法的商法化及其与经济法的关系》，载《法学家》，1997（3）。

得，因此，每个人只要从事该类行为并履行相应手续，便可获得商人资格。从这个意义上，可谓“人的普遍商化”。但这只是商主体范围得到了扩大而已。毕竟，商的本质并不是商品交换，而是资本的营利活动。商人也不是从事商品交换活动的人，而是资本的人格化化身。换个角度看，这种提法还是对“人的普遍商化”命题所作的字面分析。提出该命题的学者的原本观点应是，在现代社会，每个人都不可避免地要参加市场交易活动，随时都可能从事营利性活动，因而都发展成“以营利为目的的商人”。应该说，这纯属误解。商主体固然是以实施营利性行为为目的的“人”，但并非凡实施了营利性行为的人就是法律上的商人。《法国商法典》第1条规定：“从事商活动并以其作为经常性职业者，为商人。”[①]《德国商法典》第1条第1款规定：“在本法典意义上，商人是指商事经营者。”[②]《日本商法典》第4条规定：“本法所称商人，指以自己名义，以实施商行为为业者。”[③] 而被称为现代商法代表的《美国统一商法典》关于商人的规定，如上所述，指的是“从事某类货物交易业务或因职业关系以其他方式表现其对交易所涉及的货物或做法具有专门知识或技能的人”。显然，要想成为法律意义上的商人，并非偶尔甚至经常从事一些市场交易行为即可满足条件，其行为必须满足特定条件，一般来说须以其财产为基础而具备连续性。因此，所谓“人的普遍商化”，并不能改变商主体的独立地位。

还有人提出，由于民法的商事化，商法的民事化，已经使民商法的关系愈加密切，民商法的关系很难用一个标准将其划分开来。并认为所谓民法的商事化，商法的民事化，是指随着民事关系与商事关系的互相渗透或交融，民法规范吸收了许多商事法律规则和惯例，并将调整范围扩充到商事领域，与此相适应，由于商人特殊地位的消失，商法日益变成适用于平等主体之间的商业交易的法律，从而使得商法规范具有民法规范的特征。一方面，在商法典缺少民法典那种一般原则和内在一致的情况下，民法典就频繁地被用之于填补商法典及其辅助性法律的罅漏，此即为商法的民事化，表明商法如今已成为民法范围内的一个特殊领域。另一方面，民法与商法之间的不同更进一步地为“民法商事化”的

---

① 金邦贵译：《法国商法典》，1页，北京，中国法制出版社，2000。

② 范健等译：《德国商法典》，载《中德经济法研究所年刊》，第6卷，229页，南京，南京大学出版社，1995。

③ 王书江、殷建平译：《日本商法典》，3页，北京，中国法制出版社，2000。

相反倾向所减少。之所以在当代会出现民法商事化、商法民事化的现象，最根本的原因在于商事关系与民事关系的传统界限已被打破。随着生产社会化的发展和参与商业交易的主体的非特定性，商业交易的范围已扩展到工业、农业、不动产、有价证券、期货等领域，对这些领域进行调整的法律法规究竟属于商法还是属于民法已很难定论。① 这些观点，可以说是说对了一半又说错了一半。作为私法的两大支柱，民法与商法从来就是密不可分的。即使是在民商分立的国家，虽然形式上独立存在的《商法典》与《民法典》相并列，但商法始终是民法的特别法，许多基本制度还是要适用民法的规定，如法人制度、时效制度、法律行为制度等等。尽管如此，主要针对特殊的商事基本制度作出规定的《商法典》，还是能够很清晰地与《民法典》区分开来。因此，所谓民法的商事化，其真正含义并非指民法逐渐发展出调整商事关系的规范，从而可以取代商法；真实含义应指的是：随着经济生活的发展，规范企业的商法在市民法体系中占据了主导地位，从而导致了修正民法原理的现象。② 至于说商人特殊地位的消失，我们已经分析过，实际上近代商法从来就没有赋予商人以所谓特权地位，从一开始就是作为主体平等的私法存在的。商主体范围的扩大并非是其走向民事化，虽然民事主体在履行相关手续后即可成为商主体，但商主体仍然不同于一般民事主体。说到商法民事化，实际上建立在这样一个认识的基础上，即商法限定在中世纪时直接媒介商品交易的活动范围内。很明显，这种观点是对商法史的误读。至于调整工业、农业、不动产、有价证券、期货等领域法律，究竟属于商法还是属于民法，就正是《商法典》或《商法通则》发挥作用的时候了。如果我们确定了一个科学合理的商主体标准，这些问题就不难解决了。因此，所谓"民法的商事化，商法的民事化"的民商法现代发展趋势，并不能改变商主体的独立性。

（三）商主体独立立法的制度价值

尽管我国尚未制定民法典，但公认为我国实行的是"民商合一"的立法体制，同时认为，事实上已经单独存在的商事法律法规，仍然应该独立于民法而存在，民法与商法之间则为一般法和特别法的关系。在此

① 参见王书江、殷建平译：《日本商法典》，3 页，北京，中国法制出版社，2000。

② 参见王书江、殷建平译：《日本商法典》，3 页，北京，中国法制出版社，2000。

情况下，民法的主体制度是否解决了商法主体的所有问题？民法的主体是否都是商法上的主体？在民法典尚在制定之中的情况下，认真探讨商主体的法律地位及其独立存在的制度价值，具有十分重要的意义。一方面，市场经济发展的实践中出现了国家机关经商的问题。在许多人看来，它们不应该经商。但仅就民法的主体规定和理论而言，尚缺少足够的支持。另一方面，法律加以商主体的注意义务要严于一般的民事主体。如果我们对市场管理方面的法律作些考察就不难发现，法律关于商主体注意义务的要求普遍高于消费者。这样做，不仅仅是为了保护消费者，更重要的是，商主体是一个特别的群体，他们以从事商行为为业，应该具有对其行为更加审慎注意的能力。因此，注意到商主体的特殊性，进一步健全其有关法律规范，是十分必要的。[①]

在对商事主体的初步研究中，人们已经发现，规范商主体的规范，不仅应有现已存在的民法的主体规则，包括自然人、法人和合伙的有关规定，其功能为商主体资格、地位的确定提供了一般规则；还应有商主体具体形态的法律规范，如公司法、合伙企业法、个人独资企业法等；此外，还应有对商主体作出规定的一般规则。它相对于民法的主体规则而言，属于特别法的性质；而相对于商主体具体形态法律规范而言，则属于一般法的性质。与此相适应，其功能具有多重性：一方面，它可以为商人资格和地位的确定提供一般规则，发挥对商事主体形态法律规范的指导作用，填补民法主体规则和商主体具体形态法律规范之间的空白，弥补商主体具体形态法律规范强调了具体的个性要求，而缺乏商主体一般规定之不足；另一方面，它提供了民法所没有的特别规则，实现了商主体具体形态法律规范所需的一般性和民法主体规则所需的特殊性的统一。[②]

以作为典型商主体的公司与法人之间的关系为例，有学者提出，公司概念反映的是公司内部的组织关系，法人概念则是外在的，它是从形式上、从外部赋予公司或其他组织以独立的名义。并进一步提出，在内部组织和财产关系上千差万别的公司和组织都可以具有法人地位，藉此方便地从事活动；而法人资格并不能、也不在于为某一公司或组织谋取其内部组织关系上的自主权和独立的财产责任。对于子公司及我国国有

① 参见王保树：《商法的实践和实践中的商法》，载王保树主编：《商事法论集》，第3卷，12页，北京，法律出版社，1999。

② 参见王保树：《带入21世纪的中国商法课题》，载《法制日报》，2000-10-02。

的企业和公司来说，法人制度只能解决其以自己的名义参加民事流转和承担民事责任的问题，而不能解决母公司或行政机关对其不恰当干预的问题。后者须由企业、公司制度本身法律关系的设计来解决，是否令其成为法人并非关键所在。[①] 很明显，仅仅依赖传统民法的主体制度，根本不能解决内部关系极为复杂的商主体问题。尤其是在随着市场经济深入发展，商主体形态不断创新的情况下，不制定一般的商主体制度，而依赖高度抽象化了的民事主体制度，显然难以适应形势的需要。因此，有学者提出，我国的实践表明，一般者显得过于"一般"，特殊者显得过于"特殊"，需要在两者之间加以平衡并将两者统一起来的"商人法"[②]，即有关商主体立法。事实上，正是商主体制度的确立，彻底改变了长期以来我国经济活动中市场主体缺位的状况。并且，市场主体制度的完善必然有赖于商主体制度的进一步完善。[③]

然而，商主体的问题，过去无论在立法、司法还是法学研究方面，我们都重视得不够。其实，它与其他法律关系的主体一样，对于建立经济秩序乃至整个社会秩序都具有十分重要的意义。[④] 首先，在现代社会中，何者可以经商，经商者必须具备哪些条件，经商者的权利义务如何，都是与商主体相关的基本问题，并通过商主体的确立而确定。其次，国家、政府、社会对经济活动的调控、干预、引导，主要是通过对商主体的调整来实现的。商主体是实现国家参与经济活动的中介，是建立社会经济秩序的主体性基础。再次，商主体的界定是实现政企分开、区别营利部门与非营利部门、营利行为与非营利行为的法律依据。因此，如果商主体界定不清，国家就无法实现对社会经济活动的有力调整，一个社会的市场经济秩序就无法建立起来。

那么，我国的实际情况究竟如何呢？在商主体的市场准入方面，除《公司法》、《合伙企业法》有一些并不完备的限制性规定外，只有《法官法》、《检察官法》、《人民警察法》、《国家公务员管理条例》、《预备役军官法》等法律法规中有法官、检察官、人民警察、国家公务员、现役军人等不能从事商事活动的规定。此外，还有些以党或中央政府、地方

① 参见史际春：《关于公司、企业的若干考证和辨析》，载《法学家》，1996（4）。

② 王保树：《商法的实践和实践中的商法》，载王保树主编：《商事法论集》，第3卷，1页，北京，法律出版社，1999。

③ 参见范健：《略论商法的时代价值》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》，2002（3）。

④ 参见范健主编：《商法》，2版，29页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

政府的文件形式及行政措施的形式出现的限制性规定。由于缺乏关于商主体积极资格与消极资格的一般规定，在法制环境尚欠佳，法律意识尚严重不足的背景下，大量出现了国家机关及国家工作人员经商之类的与市场经济体制格格不入的现象。因此，与具有完善的市场机制的发达国家相比，在我国，除对商主体具体形态予以规范外，明确规定商主体的一般要求，对于培育与规范公平竞争的市场运行环境具有更加突出的意义。在商主体类型方面，有法定主义与非法定主义之分。而商主体类型法定原则本是现代商法理论中的普遍原理，也为我国多数学者所主张①，但由于我国相关立法均未表达出明确的态度，以致徒增了许多争议。另外，关于组织体是否均为商主体，事业单位性质及其商行为能力的认定，营利部门与非营利部门的区分等等，在我国都处于较为混乱的状态，从而给国家税收等事务的管理造成极大的不便。因此，商主体制度对于我国市场经济法制的完备具有极为重要的意义。

此外，如上文所述，我们认为，尽管要制定出一部将所有商事法规包罗无遗的商法典从来都是不现实，也是不必要的，但针对我国国情制定出一部不拘泥于现有商法典立法例的商法典或者商法通则，对于弘扬我国所缺乏的商人精神，健全商事法律，无疑具有重要意义。而要做到这一点，首先就必须解决商主体的基本理论问题。但是，我国具体形态的商主体立法却因其明显的计划经济色彩，而落后于形势发展的需要。因此，加强商主体的研究，对于我国法学界尤其是商法学界而言，可谓迫切而重大的课题，值得大家共同关注。需要强调的是，仅仅有具体形态商主体的立法是不够的，还需要确立商主体的素质要求、资格与法律人格要素等基本规范，方可使实践中出现的许多为传统民法与具体商事法律所不能解决的问题得到有效解决。譬如，传统民法认为，人格权始终与民事主体相伴随而存在，民事主体只能享有而不能转让或者抛弃这种权利。② 并且，“人格权是非财产性权利，它并不以一定的财产利益为内容”③。然而，商主体的人格权属性就明显超出了民法理论中的人格权的特性，具有了直接的财产内容，并可以转让，或者说，商主体的

① 参见吕来明：《论现代商事组织法的立法原则》，载《商法研究》（第一辑），27页，北京，人民法院出版社，2000。

② 参见魏振瀛主编：《民法》，637页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2000。

③ 王利明等：《人格权法》，13页，北京，法律出版社，1997。

人格权本身就是可以转让的财产权。只不过，与一般财产权不同的是，商主体的人格权乃基于其人格利益而享有的与其法律人格（主体意义上）密不可分的权利。这种具有特殊属性的权利，我们可以称之为商事人格权。因此，即使从这一点看，抽象的商主体概念及其基本制度也是有其独立存在的价值的。

三、商主体内涵界定

（一）界说

如上文所述，在法国、德国、日本等国的商法典中，关于商主体（商人）概念的规定差异并不是很大，但关于商主体具体内容的规定却差异较大。在法国，商法典是以商行为为基点来界定商主体的，根据该法第 632 条的规定，商行为包括货物交易、金钱的交易与居间人的活动。[①] 因此，从事这些商活动并以其作为经常性职业者，即为商人。德国商法虽然确立了“商人中心主义”，规定只有商人所从事的经营活动才属于商事经营，才可视为商行为，然而在现实生活中，若行为人从事了商事经营，绝大多数情况下都可以获得商人资格。只不过他们获得商人资格的方式、程序，尤其是法律依据不一样而已。[②] 另外，在日本，参与原始产业以外的民事公司、国家和地方公共团体在经营运输等特定事业时，公益法人在营利事业中，将其获得的收益用于本来事业时，也可以视为商人。[③] 在澳门，则将商主体限定为商业企业。在韩国，利用店铺或者其他类似设施，以商人的方法进行营业的人，也视为商人。由此可见，尽管各国商法均以商主体与商行为作为商法规范的基础，但商主体的具体构成上却差异甚巨。因此，要想通过对各国商法关于商主体规定的比较，归纳出商主体共同的能力要素、资格要求及法律人格要素等方面的规律性内容，从而对我国商主体立法起到一定的借鉴作用，是不现实的。

---

① 参见沈达明：《法国商法引论》，13 页，北京，对外经济贸易大学出版社，2001。
② 参见范健：《德国商法》，55 页，北京，中国大百科全书出版社，1993。
③ 参见龙田节编，谢次昌译：《商法略说》，11 页，兰州，甘肃人民出版社，1985。

事实上，法律乃根源于一国长期形成的习惯。或者说，尽管由于法律调整对象的相似性与调整手段的相似性，现代国家的法律尤其是私法有很大的相似性，甚至朝趋同化方向发展，但各国基于其历史传统与习惯的特点，法律规范上还是表现出了较大的差异。此即所谓法律的民族精神。表现在商法上，即为，一方面商法具有国际性，另一方面商法又在许多方面表现出其自身特性。具体来说，因应于商品交易的共性及其共同要求，商法具有国际性；但商法又是在各国商事习惯的基础上发展起来的，从一开始就缺乏民法那样的共同的罗马法理论基础，因此，各个国家商法差异较大就不足为怪了。重要的是，各自的规定能否适应其经济发展的需要，能否较好地解决市场交易中的各种矛盾。尽管有许多学者为民商分立国家商法"难以适应经济生活发展的需要"而"焦虑不安"，力荐其改行民商合一的先进立法例，以遵循时代潮流，但实践证明，这些国家在经过一些必要的修订后，商法典仍然在其经济生活中发挥着重要作用，并无废止之意。

因此，在构建我国的商主体体系时，大可不必为西方诸国立法例"规律难循"而苦恼，甚至因此认为建立我国商主体制度，具有不可克服的困难，而必须放弃。作为市场交易主体，随着市场经济的发展，商主体的内涵必然会相应发生变化，以适应经济生活的客观要求。更为重要的是，如上所述，商法作为一国商事习惯的产物，本身就具有极浓的民族色彩。因而，各国商主体立法差异较大。当然，由于我国市场经济体制还处于创制阶段，许多制度不是来自于长期的经济生活实践，而是直接由法律创设，因而缺乏其源生性的生命力，或者说非基于商事习惯而创设的制度，或许根本就不是非常科学的。基于此，我们应立足于我国社会主义市场经济建设的实践，遵循各国商主体立法的共同原则，构建我国商主体制度并界定其内涵。

（二）商主体的素质要求

1. 商主体基本要件

如上所述，各国商主体的认定标准并不相同。法国、德国、韩国采取的可谓行为标准与职业标准的二标准制。前者系实质性标准，也是确定商主体的动态标准；后者系静态标准，也是时间标准，即从事商行为在时间上要有连续性，并以此为职业。日本采取的是三标准制：除行为标准与职业标准外，还采取名义标准，即要求商主体以自己的名义实施

商行为。该名义标准是权责标准，也是核心标准。美国则采取的是四标准制：除上述三标准外，还特别强调可谓核心标准的知识标准。实际上，美国商法对商主体的认定，是专门针对买卖行为而言的，可以说专指买卖商。就其实质来说，本来就不存在民法与商法法律部门的英美国家，并不存在严格意义上的商法，只不过是一种以买卖为中心的市场交易法而已。从这个意义上说，将《美国统一商法典》视为现代商法的代表的观点，应属误解。[①] 由此可见，尽管各国标准并不统一，但行为标准与职业标准则属共同标准。一般认为商行为具有以下特征：（1）商行为是以营利为目的的行为；（2）商行为是经营性行为，即商主体至少在一段时期内连续不断地从事某种统一性质的营利活动，属于一种职业性营利行为；（3）商行为是体现商事交易特点的行为。[②] 显然，职业标准实际上是行为标准在时间上的延伸，其基本内涵已包含于行为标准之中。

我国尚未制定商事基本法，故无基于法律规定的商主体定义。在法学界，关于商主体的概念，也是莫衷一是：有谓商人者[③]，有谓市场经营主体者[④]，有谓市场主体者。[⑤] 我们认为，商主体又可称为商事法律关系的主体，是指依照法律规定参与商事法律关系，能够以自己的名义从事商行为，享受权利和承担义务的人。[⑥] 那么，商主体究竟应该具备什么要件呢？对此，由于商法典的缺失，我国法律没有统一规定，只是在各单行商事法律法规中有一些零星规定，且彼此之间并不协调，显得分散而零乱。具体来说，《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《全民所有制工业企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》等商事法律，都对各企业形态的设立要求作出了明确规定[⑦]，但由于缺乏统一规定，很难抽象出一个统一适用的资

---

① 参见徐学鹿：《商法总论》，57页，北京，人民法院出版社，1999。

② 参见范健主编：《商法》，2版，50页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

③ 参见王保树：《商法的实践和实践中的商法》，载王保树主编：《商事法论集》，第3卷，7页，北京，法律出版社，1999。

④ 参见王俊岩、王保树：《市场经济法律导论》，65页，北京，中国民主法制出版社，1996。

⑤ 参见徐学鹿：《商法总论》，187页，北京，人民法院出版社，1999。

⑥ 参见范健主编：《商法》，2版，29页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

⑦ 参见范健主编：《商法》，2版，31～34页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

格要求。不过，从商主体的性质出发，可以认为其核心问题是营业能力。只有民事主体具备营业能力时，才能成为商事主体。所谓营业能力，是指从事营业活动的能力。营业能力首先必须具备一般民事能力的特征，同时还表现出一定的商事特点，如营业能力必须公示。[①] 基于此，我们认为，可以借鉴国外立法例和法学理论，根据我国市场经济体制建设的实际情况，得出我国商主体应当包含哪些基本要件的结论。

其一，财产要件。要想使某一组织体成为商主体，必须使其拥有作为其商品交易行为物质基础的一定数额的财产，一则作为其运营的前提条件，二则作为其交易相对人的安全保障。对于新组建的组织体来说，就是严格依照商法的有关资本金或出资额的规定使企业具备必要的财产。对于转型企业来说，则必须依照其所欲设立的企业类型关于资本或出资的要求出资，使企业获得必要的财产。其实，就新成立的企业来说，这种转型行为本身就属于企业设立行为，可以适用新成立企业的相关规定。

其二，名义要件。商主体应是以自己的名义从事商事活动的组织。在市场经济活动中，商主体不能没有自己的名称。因此，除个体工商户这种边缘性“企业”外，我国企业法均将适于规定的企业名称作为其成立要件，在我国企业登记中，登记机关也都相应地要求提供合适的企业名称。在我国现行立法上，未将商号与名称作同一含义的界定，但多数国家均将企业名称概念界定为商号，而商号概念也较好地反映了企业名称的性质，确实更加确切。从性质上讲，商号是商主体在营业上表现自己的名称，乃其法律人格的标志。

其三，营业要件。所谓“营业”，“乃指继续为同种类之商事行为，至于偶然所为之营利行为，不得称为营业。”[②] 在我国，一般来说企业均可理解为商主体，因而只须界定企业要件即可，本无须规定营业要件。但在西方国家，企业往往还要区分为商事企业与非商事企业，两者之间可通过企业之存在是否以营业为目的而考察。在我国现阶段，还存在着一些行政性公司，这些公司实际上承担着行政职能，并非严格意义上的企业，并且在组织类别上也往往不将其登记为企业。但由于一般群众完全可能将所有“公司”均纳入企业范畴，因而还是有区分必要。区

① 参见王保树：《商法的实践和实践中的商法》，载王保树主编：《商事法论集》，第3卷，15页，北京，法律出版社，1999。

② 刘清波：《商事法》，14页，台北，台湾商务印书馆，1995。

分的重要标准便为营业要件。

其四，登记要件。尽管并非所有国家都将登记作为商主体的成立要件，但在我国，在将商主体限定在企业范围内的情况下，由于所有企业均须履行登记手续方可成立，因此商主体须以登记为其成立要件。

2. 商主体成员的资格要求

不惟商主体本身需要具备一定的要件方能成立，要设立商主体或参加到商主体中从事商行为，也必须具备一定的要件。这关系到两方面的问题：商主体成员的积极资格与消极资格。只有从这两个方面严格把关，才能确保交易安全的维护与市场秩序的规范。具体来说，通过对商主体成员积极资格的限定，可以避免商主体的资质出现有损于市场信用与交易安全的瑕疵，从而在最初端的市场准入方面，设立安全屏障。通过对商主体成员消极资格的限定，可以阻止那些不宜加入市场竞争行列的个人或组织参与到商主体中，凭借其非正当行使的权力或由法律赋予的特权地位，获取其他商主体所不能获得的不正当“商业利润”，从而破坏正常的市场竞争秩序，损害市场经济制度的良性运行。

商主体成员的积极资格不仅没有一般规定，在单行商主体法中，也只有《合伙企业法》第 9 条规定：“合伙人应当为具有完全民事行为能力的人。”而这仅有的一条规定，实际上还是一个不太科学的规定。我国《民法通则》第 55 条将“行为人具有相应的民事行为能力”规定为民事法律行为的生效要件，并在第 58 条规定，无民事行为能力人实施的与限制民事行为能力人依法不能独立实施的行为无效。依此，作为合伙事务的执行人，可以肯定不能是无民事行为能力人，但绝对排除限制民事行为能力人，则显得过于武断。在公司发起人方面，也同样如此。尽管《公司法》未作资格限定，但通说认为，公司发起人必须是完全民事行为能力人。① 究其原因，或许是出于交易安全的考虑。但这显然是一种误解，毕竟，将自然人划分为完全民事行为能力人、限制民事行为能力人与无民事行为能力人，其依据乃意思能力的不同，而非财产能力的差异。认为完全民事行为能力人具有比限制民事行为能力人更强的财产能力，显然无科学依据。尤其是在知识经济初露端倪的今天，具有高超科技技能的限制民事行为能力人，明显比一般的完全民事行为能力人具有更高的财产能力。在立法例上，《德国商法典》对此未作规定，《法

① 参见蒋大兴：《公司法的展开与批判——方法·判例·制度》，3 页，北京，法律出版社，2001。

国商法典》原本也无限制，但1974年修订后在第2条规定：“未成年人，即使已解除监护的，不得为商人。”《日本商法典》第5条规定：“未成年人经营前条的营业，应进行登记。”《韩国商法典》第6条规定：“未成年人或者限制行为能力人经法定代理人同意进行营业时，须进行登记。”可见各国的做法并不一致。就我国而言，我们认为不应绝对禁止限制民事行为能力人成为商主体成员．但应针对其不确定性的特点，在登记等问题上加强监管。

关于商主体成员的消极资格，在我国商事立法中尚不存在任何法律规范。不过，我国商事实践中，已存在一些关于商主体成员消极资格的规定。例如，我国现行《法官法》、《检察官法》、《人民警察法》、《国家公务员管理条例》、《预备役军官法》等都明确规定，法官、检察官、人民警察、国家公务员、现役军人等不能从事商事活动，还有些规定有的是以党的或中央政府、地方政府的文件形式及行政措施的形式出现，比如1984年12月3日颁布的《中共中央、国务院关于严禁党政机关和党政干部经商、办企业的决定》规定：“各级党政领导机关特别是经济部门及其领导干部更要正确发挥领导和组织经济建设的职能，坚持政企职责分开、官商分离的原则，发扬清正廉明、公道正派的作风，切实做到一心一意为发展生产服务，为企业和基层服务，为国家的繁荣强盛和人民的富裕幸福服务。决不允许运用手中的权力，违反党和国家的规定去经营商业，兴办企业，谋取私利，与民相争。”并对各种具体情况作出了明确规定。1988年10月3日颁布的《中共中央、国务院关于进一步清理整顿公司的决定》规定，党和国家机关的在职人员不得到经济实体兼职（含名义职务）；机关干部（含离、退休干部）不得利用权力和关系进行商业经营、金融等活动，从中牟利。《中共中央办公厅、国务院办公厅关于县以上国家机关退（离）休干部经商办企业问题的若干规定》（1988年10月）也指出，党和国家机关的退休干部，不得兴办商业性企业，不得到这类企业任职。1993年10月9日中共中央办公厅、国务院办公厅就转发国家经贸委《关于党政机关与所办经济实体脱钩的规定》还专门下发了通知。但是我们也看到，因为这些规定不具有法律规范的性质，因此难免会呈现出稳定性差、可操作性弱的特点，而且在许多问题上仍让人存有疑问，比如党政机关干部离退休后到底是一律不能经商还是不能利用原有的影响、关系进行经商。凡此种种，都必须认真研究与探讨。因此，我们认为完善我国商主体法律体系，必须要以商事法律规范的形式全面、清晰地对商主体成员的消极资格作出规定，使

其具有稳定性、可操作性。

3. 商主体法律人格要素

(1) 商主体法律人格要素含义

如上所述，各国关于商主体范围的规定差异较大，各有其特殊的适应性。因此，我国商主体范围也只能根据我国市场经济及其法律实践，依照世界各国商主体立法的一般趋势，针对我国国情加以确定。在具体构成上，我们将在下文述及，可以认为包含商法人、商合伙与商个人等形式。而这些商事组织，从本质上说，都属于企业范畴（我们将在下文论及其法理）。基于此，可以认为，商主体法律人格要素，指的是企业得以取得抽象法律人格或者说具备商主体资格的基本构成要素。当然，在我国，由于没有一般商事立法，关于商主体法律人格要素，并无法律界定，因而这也只能是学理上的理解。不过，我们可以通过对商主体各具体形态法律人格要素的分析，归纳出一般商主体的法律人格要素。

需要说明的是，商主体法律人格要素不同于商主体的成立要件。商主体成立要件分为实质要件和形式要件，前者即为商主体得以获得法律上的确认，从而成为独立的法律人格所必不可少的条件，后者即获得法律承认所必须依法向有关主管机关履行的注册登记与申领营业执照等程序。商主体法律人格要素也不同于商主体法律人格的具体表现形式，如商主体具有独立的名称、住所、组织机构等。这些法律人格的具体表现形式实际上属于商主体人格权范畴的人格要素，即作为人格权客体意义的人格要素。当然商主体作为法律人格，必然具备这些要素，但不是本文所指的法律人格意义上的要素。

(2) 商主体法律人格要素之构成

鉴于公司乃现代商主体的典型形态，我们且先对公司法律人格要素加以考察。尽管现代各国对公司本质之认识已趋于一致，但如上所述，由于立法传统、法律习惯等诸多因素的差异，公司在法律人格要素构成上还是存有差异。正因为如此，要确定我国公司法律人格的特征，就恰恰要立足于我国现行法律规定及一般学理认识得出结论。那么，我国公司法律人格究竟有哪些要素呢？对此，学界从不同角度分析，并得出不同结论。有学者认为，财产独立、团体意思与独立责任构成了公司法律人格的确认标准和条件。[①] 另有学者认为，团体是否具有独立的人格，完全取决于它是否独立地承担责任。独立名称、独立意思、独立财产、

① 参见李庆：《论公司的法律人格》，载《现代法学》，1998 (6)。

独立负责任是团体独立人格的四个要素。[①] 还有学者认为，公司人格独立的内涵为：公司财产独立；公司责任独立；股东责任有限。[②] 关于公司法律人格要素，尽管还有其他观点，但其所提出的要素内容，则大抵如此。我们认为，公司法律人格要素应为财产独立与意思独立。为确定公司法律人格要素的确切内容，下面我们且对这两项要素分别进行分析。

其一，关于公司财产独立。公司的财产，虽已成为广泛使用的法律术语，但其确切内涵与外延并无法律的明确界定。从公司以其独立财产取得法律人格的角度出发，可以把公司财产分为两类：一类是公司成立时的财产，一类是公司成立后的财产。但有关主管机关在判断设立中的公司应否赋予其法律人格时，基于公司的最低资本要求，必须考察该组织是否具备符合规定要求的作为其运营基础的财产。这时的公司财产显然还只是由股东出资形成，并未得到任何形式的增值。因此，公司法律人格要素所要研究的财产只能是公司成立时的财产，即公司的资本。也就是说，财产独立乃指公司资本的独立。而在我国，公司资本指的是公司的注册资本，因此，公司财产独立也就是要求公司必须具备一定独立于其成员的注册资本。当然，并不是说，公司取得法律人格后，其财产独立没有意义。事实上，尽管公司成为独立责任主体从而使股东享受到有限责任的利益，但各国现代公司法的理论与实践中，大多通过“刺破公司的面纱”或“公司法人人格否认”制度，使公司股东站出来成为真正的责任承担者。在许多国家，公司经营过程中财产混合即属于引起“刺破公司的面纱”使用的原因之一。在美国，若公司不具备与其经营性质相适应的财产，也会引起“刺破公司的面纱”的运用，可见财产独立始终具有非常重要的意义。只不过由于“刺破公司的面纱”的运用只具有个案解决的意义，严格来说并非对公司法律人格的真正否定，只是一种责任承担机制而已。

从法律上来说，公司作为独立的法律主体，必须具备一定的财产作为其生产经营活动的物质基础。由于法律赋予公司（狭义上的公司）股东以有限责任的特权，从而使公司成为独立的责任承担者，因而公司必须具备履行其债务的责任财产，作为其债务的一般担保。正是为维护债

① 参见宋才发：《法人主体资格认定的法律探讨》，载《华中师范大学学报（人文社会科学版）》，1998（4）。

② 参见刘静、张振亮：《论公司法人人格否认制度》，载《社科纵横》，1997（2）。

权人的交易安全，确保公司资本的独立，传统大陆法系各国多以事先审查防患于未然为出发点，实行法定资本制，确定公司的最低资本限额，并将“资本三原则”作为公司资本制度的基石加以规定。我国《公司法》第19条与第73条即分别将股东出资达到法定资本最低限额与发起人认缴和社会公开募集的股本达到法定资本最低限额作为设立有限责任公司与股份有限公司的条件。据此，财产对于公司的意义确实远胜于财产对于自然人的意义。个人是否具有人格并不以财产为条件，没有任何财产的自然人仍然是独立的民事权利主体，而团体具有人格则是要以拥有财产为绝对要件，没有财产的团体不可能具有独立人格，财产是法人人格不可缺少的要素。[①] 对于公司而言，可谓“没有财产就没有人格”。故财产独立为公司法律人格要素当无疑义。

其二，关于公司团体意思。我们认为，公司作为团体，当然也包含人与财产的要素，其中“人”指的是构成团体的成员即股东或出资人，公司中的职工（包括高层管理人员）只是公司经营过程中雇用的劳动者而已，并不具有使公司作为一个组织得以持续存在的性质，因而不能成为公司要素意义上的“人”。尽管人力资本理论风行一时，但仍然可以确定公司成员仍应限于物质资本投资者，即股东或出资人。由此，公司系由股东作为其成员而以其独立财产为物质基础的团体。但公司何以成为民商事主体，则有待进一步分析。从公司的发展史可以发现，法律之所以赋予公司以人格，乃在于随着商品经济的发展，公司基于股东出资形成的独立财产，能够摆脱单个股东进入与撤出对其存在的影响而获得持续存在的“生命”，具有了区别于单个股东的利益要求，应当作为独立的法律上的人看待，从而有利于经济与社会秩序的维护。可以说，尽管法学界关于法人的本质问题历来有法人拟制说、法人否定说与法人实在说之争，但公司得以成为民商事主体，乃法律出于现实经济生活的需要而构造或拟制或确认而成的，当无疑义。此为公司成为独立民商事主体的经济原因。从民法哲学角度上说，人的资格表面上是行为资格，实际上则是意志资格。要成为法律上的人，尽管不必具有意思能力以直接表达其意志，因为无意思能力者可以通过代理人以践行其意志，但作为私法主体，具备独立的意志则是必不可少的。公司被赋予法律人格，便在于其拥有由全体股东意志共同形成的共同意志，确切地说，应是股东

---

① 参见江平主编：《法人制度论》，7页，北京，中国政法大学出版社，1996。

共同意志转化为单独存在的已经不再是各个股东单个意志集合（尽管非简单集合）的共同意志的单个意志。也就是说，公司作为抽象的法律人格者，必然具有其独立的意志。至于公司作为法律上的实体如何实践自己的意志，则由公司机关具体完成。因此，公司机关的使命乃在于充当公司这一由法律拟制而成的抽象主体的表意机关。公司借公司机关所表示出来的意思，理应是超脱于股东或经营者的个人意志而单独生成的。

但是，由于其意志形成机制的特殊性，公司的意志很容易地受到股东的干涉。在股东投资设立公司后，股东并不完全脱离公司，股东和公司的分离，只是在人格上的分离，但股东仍作为公司的投资者和公司财产的终极所有者，在不同程度上控制着公司，公司的意志从根本上来看，仍是股东意志的体现。但这种体现了股东意志的公司意志并不等同于股东的意志，法律也通过一系列制度，特别是公司的组织制度，企图以理想化了的公司治理结构来保证公司的意志和股东的意志相区别。如果公司的意志实际上就直接代表了股东的意志，即公司的意志和股东的意志发生混同，那么公司的行为就不能单纯地被看作是公司自己的行为，对该行为的责任，也就不能由公司单独承担。在西方国家“刺破公司面纱”的司法实践中，这种股东意志与公司意志混同的情况即被作为人格混同的表现形式而透过公司的独立责任让站在背后的股东承担连带责任。但需要说明的是，这种“直索”责任只是一种责任分配方式而已，并不能真正影响公司的法律人格。而作为公司法律人格要素意义上的团体意思，指的是公司在设立时必须具备区别于股东与管理者个人意志或其意志的简单集合的独立存在的意志，为彰显这种意志的属性，我们将其称之为独立的意志，从其之于公司法律人格影响的角度出发，则可将其表现出的特征称之为意思独立。至此，意思独立作为公司法律人格要素的推论也就可以完成了。

需要说明的是，我国学术界也把有限责任作为公司概念的应有之义来理解：“团体之是否具有独立人格最终取决它是否独立承担责任，或者更准确些说，最终表现为它是否独立承担责任。独立财产与独立责任是法人独立人格的两根基本支柱，而独立责任是独立财产的最终体现。”① 这种理解在国内法学界极具代表性，可谓一时之通说。但公司产生的历史和功能都表明，公司并非天然的含有有限责任的内容，公司、

① 江平主编：《法人制度论》，32页，北京，中国政法大学出版社，1996。

有限责任、法人制度在其产生背景、功能上各有其个性。股东得以承担有限责任并非是公司法人人格的必然结果，起决定作用的是作为对股东或出资人所享有的特权的有限责任形式的衡平性制度安排。股东或出资人须履行或遵守某些法律义务，并且，这些义务的切实履行或遵守才是股东获得有限责任权利的自足条件。由于法律赋予股东以有限责任的特权使公司成为独立责任者，因而必须在财产制度与形成独立意思的公司法人治理结构上作出特别安排，其目的都无非是视公司具备充裕的责任财产以维护交易安全。因此，公司的独立责任或股东有限责任不能成为其法律人格要素。事实上，独立责任或有限责任只是在公司（狭义）成立后作为其特征（区别于合伙）而表现出来。

应该说，作为商主体中要求最为严格的公司，其法律人格要素并不能当然成为商主体的法律人格要素。但是，通过以上分析，我们可以清楚地看到，财产独立与意思独立也并非理所当然地成为公司的“专利”。那么，其他商主体的法律人格要素究竟是什么？能否在各具体商主体类型的法律人格要素之上，抽象出一个为所有商主体所共有的法律人格要素，即商主体法律人格要素？这一理论研究极其匮乏甚至完全空白的学理问题，对于正在致力于商法理论体系构建的我国商法学界来说，具有非常重大的研究价值，需要我们共同努力。限于篇幅及本文主旨，我们在此且先作一点简短的评述。

如上所述，由于商主体所实施的行为均可归入商行为的范畴，而商行为的本质特征乃其具有营业性，因此，从商行为视角出发，商主体为实施营业行为，势必需要具备作为营业行为物质基础的一定的财产。尽管个人独资企业并无明确的资本要求，合伙企业也只要求应有合伙人的出资符合最低资本规定，但是，不可否认的是，这两种缺失法定资本要求的企业形态，在其登记成立之时，都必然具备一定数额的实物或其他形态的资本，以维持其正常的生产经营活动。我国《合伙企业法》第12条规定：“合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付出资的期限，履行出资义务。各合伙人按照合伙协议实际缴付的出资，为对合伙企业的出资。”很明显，合伙企业不仅要求合伙人出资，而且还要求“实际缴付”。这样，合伙企业当然能够获得其生产经营所必需的独立的财产。（关于合伙企业独立的财产要素的具体理由，我们将在本文第四部分论证，此处不赘。）对于个人独资企业来说，有人认为从理论和法律制度的要求上看，“1元钱当老板”亦即以极少量的资本即可投资设立一个个人独资企业是可能的，但若要继续当老板或者当好老

板，就绝非1元钱所能办到。事实上，"1元钱当老板"只能是一种形象的说法，并非严格的法律用语，因为《个人独资企业法》第8条即将"有投资人申报的出资"与"有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件"规定为设立个人独资企业应当具备的条件。显然，该规定实际上也就包含了对财产数量的要求，而这种财产绝非"一元钱"可以胜任的。基于此，甚至有人提出，个人独资企业的出资应有一个下限规定，惟其如此，方能利于双重优先原则的实施及个人独资企业的成长。[①] 由此可见，从企业成立时的资本要求来看，尽管不能说所有商主体形态都具有公司法要求极为严格的独立的财产——达到法定限额的注册资本，但是各种商主体都必须具有一定的资本方能取得独立的主体资格，则是不容置疑的。也就是说，所有商主体都必须以独立的财产作为其法律人格要素。至于说，为何合伙企业与个人独资企业的财产要求远远低于公司的财产要求，如果我们注意到合伙企业与个人独资企业的责任承担方式——出资人承担无限连带责任，就会发现，这两类企业法律人格要素的构建，并不必像公司法律人格要素那样严格。

如上所述，公司的意思独立，一方面乃公司作为法律主体生成与表示其独立意志的要求与表现，另一方面也是公司承担独立责任的要求。那么，合伙企业与个人独资企业，是否也以意思独立为其法律人格要素呢？显然，合伙企业具有不同于合伙人个人的抽象利益，或者说由全体合伙人共同拥有的形式上归属于合伙企业的利益并不同于单个合伙人的利益。因此，合伙企业必须以一定的机制形成并实现体现全体合伙人共同利益的共同的意思，即抽象的合伙企业的独立的意思。（关于合伙企业独立的意思要素的具体理由，我们也将在本文第四部分论证，此处不赘。）关于个人独资企业的法律人格要素，传统上一直认为商个人的法律人格依附于其自然人人格，亦即企业与作为业主的投资者个人系同一法律人格，即独资企业的主体资格就是企业主的个人人格。[②] 甚至有人进一步认为，在法律上，无论在实体法还是程序法上都将独资企业与企业主个人等同看待，企业主个人就是独资企业，独资企业就是企业主

① 参见黄锡生、王保信：《关于〈个人独资企业法〉的几个问题》，载《重庆大学学报（社会科学版）》，2000（3）。

② 参见于新循：《对独资企业及我国统一立法之探析》，载《重庆商学院学报》，1999（6）。

个人。[①] 据此，似乎个人独资企业应无独立的意思可言。但是，我们应当注意到，《个人独资企业法》第 21 条规定："个人独资企业应当依法设置会计账簿，进行会计核算。"可见，我国采取严格原则，即无论企业大小，均应依照《会计法》及有关规定设置会计账簿。并且，在国际上，多数国家都要求商主体无论大小都必须设立商业账簿，即使是小商人，其每笔营业也要记账，只不过不以商业账簿对待而已。[②] 值得注意的是，商业账簿或相应簿记制度的规定，并非为税收征管目的，因为各国均不对个人独资企业征收企业所得税，而只对其投资者征收人格所得税。即使是在我国，也已在 2000 年即已明文废除了原有的对合伙企业与个人独资企业征收企业所得税的规定，而改行只对投资者征收个人所得税的制度。显然，各国法律实际上是将个人独资企业的营业行为严格区别于其投资者的个人行为的。因此，个人独资企业的投资者或其委托、聘用的管理人只能以该企业的名义实施营业行为，形成独立于投资者个人意思的独立意思。许多学者所谓的个人独资企业的人格依附性，实际上只是对其责任承担方式的误解。

根据以上分析，我们能够得出结论：所有商主体均以财产独立与意思独立为其法律人格要素，只不过公司的法律人格要素较之于其他商主体要求更加严格而已。确定了商主体法律人格要素后，在商事立法与司法以及对商主体设立、运行的监管中，必须加强这两个方面的考核，竭力排除不符合商主体本质要求的人与组织参与到商主体行列，以确保商主体成为完全而规范的市场竞争主体，从而促使我国市场经济体制得以健康发展。更为重要的是，在商主体运营过程中，必须严格按照商主体法律人格要素要求，规范商主体的市场行为，同时，还要竭力排除妨害商主体法律人格要素的机能正常实现的各种干扰因素，使商主体得以作为"健康"的市场主体参与市场竞争。然而，在实际生活中，各种破坏商主体法律人格要素机能的因素比比皆是，在国有企业以及国有控股公司中尤其明显，因此，实践中加强对商主体法律人格要素要求的落实工作极为迫切。

① 参见徐燕：《公司法原理》，51 页，北京，法律出版社，1997。

② 参见李伯侨：《〈独资企业法〉探微》，载《中国法学》，2000 (3)。

四、商主体外延考察——代结束语

（一）立法例考察

如上所述，尽管民商分立国家都有关于商主体的规定，但由于种种原因，其范围并不一致。

基于不同的标准，商主体有不同的分类，表现在范围上当然也不一致。

《法国商法典》关于商主体规定有公司、商品交易所、证券经纪人、居间商、行纪商等形式。《德国商法典》规定有必然商人、自由登记商人（含农业和林业企业）、依登记的商人、形式商人、其他商人等形式。《日本商法典》规定有固有商人、形式商人、拟制商人、小商人、其他商人等形式。《韩国商法典》规定有法定商人、拟制商人、小商人等形式。除此之外，各国商法中，还存在着公司、隐名合伙、民事合伙、代理商、居间商、行纪商等按照组织与经营方式划分的具体商主体中的几种形态。

显然，各国划分商主体的标准并不统一，或者说，这些不同类型的商主体，并非依照同一标准所作的一次性划分。但若以组织形式划分，大体上可以将商主体范围界定为公司（有限责任公司与股份有限公司）、商合伙（含无限公司与两合公司）、商个人等形式。

（二）当代商主体观念之变革：从商人到企业

传统商法，无论奉行主观主义、客观主义还是折衷主义原则，商人都始终是商行为的主体，是商法调整的核心对象，乃至商法被人们视为商人法。

显然，商人在商法中处于核心地位。然而，随着社会经济生活的发展，这种状态日益演变为商法的弱点，甚至成为致命的弱点。正因为如此，传统商法的独立地位与价值，从其诞生之日起就备受挞伐，使其原本能够正常发挥的经济与社会功能受到极大的削弱，也影响了其适应经济发展的完善进程。

传统商法以商人为主体所导致的理论缺陷主要表现在两个方面。[①] 第一，传统的商人是一个由自然人所派生的法律人格，在表现形式、权利属性等方面含有许多自然人的特征。随着现代经济的发展和经济规模的扩大，以自然人形态出现的商主体已远远不符合现代经营主体的形态要求。现代经营主体，如公司、合伙企业、其他企业等等，已不再是一个个单个的权利人，而是多个权利人的集合体。即便是个人独资企业与只有一个家庭成员参加的个体工商户，由于商法要求其在商号、商业账簿等方面独立，也与其成员本人区别开来。显然，这些组织体已经不完全是单个的个体，而是一种属于法律人格的组织形式或机构体系。这样便形成了现实中的经济主体与法律上的商人人格之间的差异和矛盾。第二，传统的商人作为经济活动中的权利人，在财产关系上是与雇员对立的。商人在财产权利上的主体形态，造成了经济生活中不同阶层间的对立，在观念上催化社会矛盾。事实上，现代社会实施商行为都要凭借一定的组织形式，通过注册登记等方式获得相应的经营资格。基于此，相当多的商法学家认为，现代社会经济活动的主体已不再是传统观念上的商人，而是据有一定经济规模和组织形式的企业；企业才是商法中的主体和商法调整的对象，应处于商法的核心地位。[②] 由此，商法的任务就是调整企业在一定社会中的经营活动，即以企业的形态、企业的成立与消灭、企业的运营与管理、企业的资金筹措、企业的会计与决算、企业的交易等为调整内容。在日本，关于商事关系的性质即有企业说。[③] 依该说，商人即企业主体，商行为即企业活动。而企业则是持续的、有计划地实现营利目的的统一的、独立的经济单位。该说又可细分为二：其一，只有商事企业才是商法的对象，原始产业的企业应作为商法对象的例外；其二，对作为商法调整对象的企业不必作这种限制。在葡萄牙，学者均认为商法最深远的意义乃在于其特有的法律形式与法律机制，其产生旨在或最初旨在为企业服务。基于此，在描述商法是什么及

---

① 参见范健主编：《商法》，2版，35页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002；范健：《二十世纪世界商法之进展》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》，1992（4）。

② 参见范健：《德国商法与德国商法典——德国商法中的几个理论问题探析》，载《中德经济法研究所年刊》（1991年），156页，南京，南京大学出版社，1992。

③ 参见［日］北泽正启编：《商法的争点》，12页，东京，日本有斐阁，第12页。转引自王保树：《商事法的理念与理念上的商事法》，载王保树主编：《商事法论集》，第1卷，3页，北京，法律出版社，1997。

商法倾向于成为什么时，有学者明确提出：商法是“企业法或围绕企业的法律”[①]。法国学者 Escarra 则干脆建议将商法改称为“企业法”，以强调商主体的组织形式。[②] 反映在立法上，经 1999 年修订后的《澳门商法典》则直接将商业企业作为商主体加以规定。

（三）我国商主体范围的构建思路

在我国，由于商法典或其他形式意义上商法缺失，关于商主体的范围究竟包含哪些，只是一个学理上的问题，并无法律的明确界定。并且，由于商主体的内涵远未成为定论，基于商主体内涵而构建的商主体的外延，事实上也就无从定论了。但是，正因为如此，我们更应该对此加强研究，以期从理论层面上形成较为成熟的思想体系，从而进一步形成较为完善的立法架构，为我国商法建设做好充分的理论准备。我们认为，应当根据商主体的内涵，各国商法的一般规定及其理论与实践的最新发展，对我国商主体范围予以科学的界定。需要说明的是，长期以来，我国虽存在走街串巷的小商小贩，但严格来说，他们并不能算作现代意义上的商主体。对照上述商主体的要件与要素，以及我国从事商事营业必须经过注册登记的法律实践，我们认为可以将我国商主体界定为企业，而在我国企业均指商事企业，故具体可包括商法人、商合伙、商个人等形态。但鉴于商主体由抽象人格向具体人格发展的时代趋势，我们认为应当进一步具体到对公司、合伙企业、个人独资企业及其他变态形式等商主体具体形态予以研究。鉴于这一问题的判断必须具体展开，我们将另文详细研究，在此就不详加阐述了。

---

① ［葡］Paolo Mota Pinto 著，澳门翻译公司译：《民法总论》，13 页，澳门，法律翻译办公室、澳门大学法学院出版，1999。

② 参见沈达明：《法国商法引论》，6 页，北京，对外经济贸易大学出版社，2001。

第十章

商事人格权

一、引言：问题的提出

在当今社会，商品经济的烙印越来越深地打在每一个人的身上，以至于学界普遍认为所有民事主体都成为“经济人”了。此即近年来学界所热衷讨论的“人的普遍商化”现象。[①] 这种现象反映在财产法上至为明显，即使在人格权法上，也反映出人格利益的财产属性的加强。譬如，自然人可以将其姓名授权他人作为商号或商标使用，从而获取高额收益；自然人的肖像可以通过商业化使用而创造大笔财富；甚至个人隐私也可以转化为财产。企业法人的名称、商誉、商业秘密等更是可以作为直接的物质财富，而对企业的发展起着极为重要的作用。然而，这种基于商品经济的发展而自然产生的现象，却给理论界带来了一个很大的难题：这些权利究竟该如何定性？传统民法认为，人格权是非财产性权利，并不以一定的财产利益为内容。人格权的客体即人格利益不能直接表现为商品，其价值也不能用金钱衡量。人格权又具有专属性，只能为权利主体所享有，不能转让和继承。[②] 显然，上述自然人人格利益的商品化利用现象与企业法人人格利益的直接财产属性，并不能

① 需要说明的是，这种提法本身并不严谨，只是反映了商品经济高度发达后，绝大多数人都被卷入了市场，参与商品交换，但这并非意味着人人都是商人。

② 参见王利明等：《人格权法》，13页，北京，法律出版社，1997。

为传统民法人格权理论所解释。

对此，理论界提出了不同解释。有人提出“商品化权”或“公开权”以解释，并认为其含义为“真实人物将其姓名、肖像或其他表明其身份的个体特征授权他人用于商业使用，并禁止他人未经授权进行商业使用的权利”①。与此相似的提法，还有“形象权”②，并认为所谓形象权就是指一个人对与其人身有密切关系的各种形象因素的商业价值所享有的权利。此种权利如同作者对其作品所享有的使用权一样，从性质上讲非属于人身权，而属于财产权，且为独立于物权、债权与知识产权的独立财产权类型。③ 尽管这些提法对于自然人人格利益的商品化利用现象能够较好地解释，使得为传统民法人格权理论所不能包含的自然人人格利益的商品化利用权有了法律上的归属，但也只能解释自然人人格利益的商品化利用现象，对于企业法人人格利益的直接财产属性则无能为力。

另有人就企业法人名称、商誉等具体人格权性质提出各种不同学说：有人认为商号权是一种既有人身权性质，又有财产权性质的权利④；有人认为商号权就是商品生产经营者依法对其注册商号所享有的专用权，其内容具有人身权和财产权双重属性，在权利类型上属于知识产权⑤；有人认为商誉属于法人名誉内容的一部分，法人的名誉与法人的商誉在本质上没有什么差异，商誉权即属于法人名誉权的重要组成部分⑥；有人认为商誉权虽然具有无形财产权性质，但财产性只是其非本质属性，人格权才是其本质属性，故属于一种有别于相关权利的特殊人格权。⑦ 应该说，这些学说都有一定的合理性，但问题在于其立论均基于传统的人格权理论，坚守着传统民法的人格权特征，从而根据是否符合该特征而得出商主体人格权法律属性的结论。而对完全不同于民事主体的商主体，却坚持用传统民法的人格权理论解释商主体的人格权法律

① 杜颖：《论商品化权》，载梁慧星主编《民商法论丛》，第13卷，5页，北京，法律出版社，2000。

② 郑成思：《版权法》，300页，北京，中国人民大学出版社，1990；董炳和：《论形象权》，载《法律科学》，1998（4）。

③ 参见董炳和：《论形象权》，载《法律科学》，1998（4）。

④ 参见阮赞林：《商号权的几个问题探讨》，载《商业经济与管理》，2001（5）。

⑤ 参见张丽霞：《试论我国商号立法中的问题》，载《国际经贸研究》，1997（1）。

⑥ 参见张新宝：《名誉权的法律保护》，35页，北京，中国政法大学出版社，1997。

⑦ 参见王娜加：《论侵害商誉权及其法律救济》，载《内蒙古师大学报》，1999（1）。

属性，当然难以得出令人信服的结论。

还有人提出“商事人格权”概念，并认为所谓商事人格权，是指公民、法人为维护其人格在商事活动中所体现出的包含金钱价值在内的特定人格利益——商事人格利益而享有的一种民（商）事权利。它是人格权的商事化，反映的是自然人和法人在现代市场经济活动中其人格因素商品化、利益多元化的社会现实，反映了人格权在商品社会中的发展变化。[①] 应当说，这是一种颇有创见的观点。从表面上看，该说在发现传统人格权理论对于所谓“商事人格利益”的无能后，提出了以营利性为首要特征的“商事人格权”概念，从而解决了这种包含着明显营利色彩的衍生于人格权的权利属性问题。然而，从本质上说，这种商事人格权的提法只是使问题回归于人格权内部而已，如果说，自然人人格利益的商品化利用问题尚能依此解释的话，关于商主体对于其具有明显而直接的财产属性的人格权，何以包容于否定财产属性的人格权中，则难以作出令人信服的解释。因此，这种建立在民事主体所享有的传统人格权框架内的商事人格权理论，仍然具有不可克服的逻辑矛盾。

事实上，如果我们从商法的视角出发就会发现，正如一般民事主体必然要具备维系其生命的人格权，商主体要作为独立的法律人格而存在，也必然要以维系其法律人格的人格权为前提。基于概念上的严谨性考虑，我们认为可以将商主体所专有的人格权称为商事人格权。至于上文所述“商事人格权”的提法，则因其具有不可克服的逻辑矛盾，并混淆了一般民事主体人格权与商主体人格权的本质区别，我们认为并不可取。限定于商主体专有意义上的商事人格权理论的提出，则不仅赋予了商主体以作为私法主体所不可或缺的独立的人格权，还使得商主体所享有的具有直接财产属性的人格权的法律属性问题得以解决：不属于财产权，不属于知识产权，也不属于兼具人格权与财产权属性的复合性权利，而是作为商主体存在基础的独立的人格权。应该说，这种理论具有极高的理论与实践价值。但由于大陆法系各国都未对此作出立法与司法上的认定，在理论上也没能予以必要的关注，因而使其缺少了立法例、司法判例与学术研究成果的支撑。为使商主体所享有的人格权的法律属性得以明朗，更为使作为商法核心的商主体理论体系得以完善，我们愿在此就商事人格权问题作一些初步探讨。

① 参见程合红：《商事人格权刍议》，载《中国法学》，2000 (5)。

二、商事人格权界说

（一）商事人格权内涵界定

"人格是法律上一个最为抽象的概念"[①]。关于人格的含义理论上有多种理解，在法律上亦具多重意义[②]：第一种含义是指具有独立的法律地位的权利主体，包括自然人和法人，与主体、权利主体、法律主体、民商事主体等概念相同；第二种含义是指作为民商事主体法律资格的民事权利能力，与民事权利能力、权利能力概念相同；第三种含义是指一种受法律保护的利益，又称人格利益，是指人格权的标的。据此，可以清楚地看出，分别在商事法律人格与商事人格权中使用的"人格"概念，其含义并不一致：前者系就商主体而言，后者则系从商主体所享有的人格权之客体——人格利益而言。

"人格权与吾人生存有不可分离之关系"[③]，可见人格权既为民事主体所必需，也以民事主体为其存在前提。因此，对于作为特殊形态的民事主体的商主体来说，商事人格权既为其所不可缺少者，同时，商事人格权又必须以商事法律人格为其存在前提。据此，并非所有人都能享有商事人格权，只有商事法律人格者，即商主体才能享有。基于此，自然人人格利益商品化利用所产生的商品化权，因其主体的纯粹自然人属性，也就是说未能通过履行相关手续成为商主体，不能归人商事人格权范畴。有人认为，受民法商事化的影响，民事主体与商事主体严格的身份界限的消失，民事权利开始具有更多的营利色彩这一商事权利属性，体现在人格权上就是普通的人格权向商事人格权的发展，可以称之为人格权的商事化，并进一步将这种商事化了的人格权称为商事人格权。[④]很明显，这种观点未能正确理解商主体的内涵，并以权利的营利性作为商事权利的判断标准。但是，如果我们仔细分析一下，就会发现这其实

① 梁慧星：《民法总论》，103页，北京，法律出版社，1996。
② 参见梁慧星：《民法总论》，103页，北京，法律出版社，1996。
③ 史尚宽：《民法总论》，126页，北京，中国政法大学出版社，2000。
④ 参见程合红：《商事人格权刍议》，载《中国法学》，2000（5）。

是一种误解。权利必然归属于一定主体，一定性质的权利也必然归属于一定性质的主体。商主体作为特殊形态的民事主体，可以享有一般民事主体的许多权利，但一般民事主体则不能享有专属于商主体的权利。因此，有必要对商主体与一般民事主体的关系作一个简单界定。提出“民事主体与商事主体严格的身份界限的消失”命题的学者的原本观点应是，在现代社会，每个人都不可避免地要参加市场交易活动，随时都可能从事营利性活动，因而都发展成“以营利为目的的商人”，从而民事主体与商主体的界限趋于模糊甚至“消失”了。应该说，这纯属误解。毫无疑问，商主体是以实施营利性行为为目的的“人”，但并非凡实施了营利性行为的人就是法律上的商人。《法国商法典》第 1 条规定：“从事商活动并以其作为经常性职业者，为商人。”[①]《日本商法典》第 4 条规定：“本法所称商人，指以自己名义，以实施商行为为业者。”[②] 显然，要想成为法律意义上的商人，并非偶尔甚至经常从事一些市场交易行为即可满足条件，其行为必须满足特定条件，一般来说须以其财产为基础而具备连续性。这样一来，我们可以清晰地看到，将所有具有营利色彩的人格权都称为商事人格权，是对商法的严重误读。

关于商主体的判别标准问题殊为复杂，且各国立法例各异，但一般来说，商主体的成立须以商事登记为必要条件。具体来说，采商事登记成立要件主义立法例者为绝大多数国家，乃 20 世纪下半叶各国商事登记立法的主流，而采商事登记非成立要件主义立法例者仅有为数不多的几个国家，且其形成乃系 19 世纪末、20 世纪初自由贸易时代的产物。[③] 在我国，历来对商事登记高度重视，一贯将其视为商主体的成立要件。[④] 因此，商事人格权的主体必须为经依法登记取得主体资格的商主体，其具体形态虽然各不相同，但都以企业的形式表现出来。据此，对于那些不具有商主体资格的自然人、国家机关、一般事业单位（实行企业化经营、国家不再核拨经费的事业单位除外）、民办非企业单位等通过人格利益的商业化利用而享有的“商品化权”，并不能称为商事人格权。

---

① 金邦贵译：《法国商法典》，1 页，北京，中国法制出版社，2000。

② 王书江、殷建平译：《日本商法典》，3 页，北京，中国法制出版社，2000。

③ 参见范健主编：《商法》，2 版，62 页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

④ 我国《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》等商事组织法、以及《公司登记管理条例》、《个人独资企业登记管理办法》、《企业法人登记管理条例》等法律法规均将登记作为相应企业的成立要件。

尽管商事人格权概念既无立法上的规定，又乏学理上的研究，但根据以上分析，我们可以借鉴民法上关于人格权尤其是法人人格权的界定方法，对商事人格权作如下界定：所谓商事人格权，指的是商主体所特有的经法律确认而以商事人格利益为客体的商主体之商事法律人格所必备的基本权利。

（二）商事人格权外延考辨

至于商事人格权究竟包含哪些类型，同样由于缺乏法律的规定，我们只能根据人格权的一般理论作出初步的判断。鉴于商法对商事人格权问题尚欠研究，我们只能根据传统民法关于法人人格权理论展开分析。王利明教授等在其《人格权法》一书中提出法人亦有一般人格权与具体人格权之分。其中一般人格权的内容具体体现在法人的人格独立与人格平等两个方面，具体人格权则包含了名称权、名誉权这两种类型。[①] 在其他代表性民法教材中，也大抵持相似观点。但认为法人具有一般人格权或者说对法人一般人格权加以研究者则属个别。[②] 在法人得享有的具体人格权的范围上，除名称权与名誉权外，另有人认为还应包括秘密权（在企业法人即为商业秘密权）[③]，还有人认为应包括荣誉权与信用权。[④] 显然，在法人人格权具体构成上，学者们也是莫衷一是，难以从其论述中归纳出共同的结论。

在立法例上，由于各国大多未对人格权作单独的规定，只是在侵权之债中对自然人的姓名权、名誉权等具体人格权予以债法上的调整，对于法人等组织的人格权则未见规定，关于商事人格权更是仅有商号的规定。具体来说，《法国民法典》中除在1994年修正案中规定了身体权外，即使在"非经约定而发生的债"中也无关于人格权的规定。[⑤]《德

---

① 参见王利明等：《人格权法》，39、95、113页，北京，法律出版社，1997。

② 魏振瀛主编的《民法》教材（638页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2000）也将法人作为一般人格权的主体，德国学者迪特尔·梅迪库斯所著《德国民法总论》中（邵建东译，809页，北京，法律出版社，2000）也似乎认为法人得享有一般人格权。史尚宽所著《民法总论》（北京，中国政法大学出版社，2000）、梁慧星所著《民法总论》（北京，法律出版社，1996）等绝大多数著作中则均未规定法人一般人格权。

③ 参见马俊驹、余延满：《民法原论》（上），189页，北京，法律出版社，1998。

④ 参见吴锋、杜晓智：《法人人格权研究》，载《北京科技大学学报（社会科学版）》，2001（3）。

⑤ 参见罗结珍译：《法国民法典》，14、330页，北京，中国法制出版社，1999。

国民法典》尽管在第12、823、824、825条分别规定了姓名权、生命权、身体权、健康权、自由权、信用权、贞操权、名誉权，但并无法人人格权的规定。① 《瑞士民法典》虽然第一次对"人格的保护"作了专门规定，但仅规定了姓名权，对于法人人格权则未见规定。② 《日本民法典》只是在债权之侵权行为中规定了"名誉毁损"的救济。③ 采民商合一立法例的《意大利民法典》只是在"自然人"一章中规定了身体权、姓名权与肖像权，在多达2969条的法典中也别无其他人格权规定。④ 同样采民商合一立法例的《俄罗斯联邦民法典》在第19条规定了公民的姓名权，在第1084条规定了对生命权和健康权的救济，在第1100条则规定了对于"传播诋毁名誉、侵害人格尊严和商誉信息而造成的损害"应予以精神损害赔偿。⑤ 在商法典中，虽然《德国商法典》、《日本商法典》、《韩国商法典》等均对商号作了专门规定⑥，但也仅仅对商号作了规定。

由此可以看出，大陆法系主要国家，不管采民商分立还是民商合一立法例，民法典对于人格权的规定都极为有限，对于法人人格权更是只有采民商合一立法例的《俄罗斯联邦民法典》对商誉侵权的精神损害作了规定。然而，在这些国家，关于人格权的保护力度却并不像其法规那样缺乏。创建于德国的一般人格权理论多年来一直为各国司法实践所采纳，从而使具体人格权立法上的缺憾得以弥补。应当说明的是，尽管大陆法系国家不将判例视为法律渊源，但20世纪以后随着两大法系的融合以及成文法局限性越来越多的暴露，司法判例正逐渐成为各国事实上的法律渊源，正所谓"立法周全固然重要，判例更不容忽视"⑦。因此，尽管法律缺乏对人格权的明文规定，但人格权并无无从保护之虞。对于

---

① 参见郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，2、196页，北京，法律出版社，1999。

② 参见殷生根、王燕译：《瑞士民法典》，12页，北京，中国政法大学出版社，1999。

③ 参见王书江译：《日本商法典》，128页，北京，中国法制出版社，2000。

④ 参见费安玲、丁玫译：《意大利民法典》，11～12页，北京，中国政法大学出版社，1997。

⑤ 参见黄道秀等译：《俄罗斯联邦民法典》，10、448、455页，北京，中国大百科全书出版社，1999。

⑥ 参见范健等译：《德国商法典》，载《中德经济法研究所年刊》（第6卷），239页，南京，南京大学出版社，1995；王书江、殷建平译：《日本商法典》，5页，北京，中国法制出版社，2000；吴日焕译：《韩国商法》，6页，北京，中国政法大学出版社，1999。

⑦ 王泽鉴：《人格权、慰抚金与法官造法》，载台湾《法令月刊》第44卷，第12期。

商事人格权来说，商法典中尽管也只有关于商号的规定，另外《俄罗斯联邦民法典》规定了商誉的精神损害赔偿，但对于商誉权与商业秘密权的侵害，各国也同样要予以救济，只不过是依据反不正当竞争法而已。①

就我国而言，《民法通则》创造性地对人身权作了专章规定，明确规定了为自然人所享有的生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、婚姻自主权等具体人格权，为法人所享有的人格权则规定了名誉权、荣誉权，此外，还规定了法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。② 显然，可能属于商事人格权的有名称权、名誉权与荣誉权。除此之外，我国《反不正当竞争法》第10条还对侵害商业秘密的行为作了专门规定，从而确立起了商业秘密权。

那么，在我国，上述为我国法律所确认的权利中，究竟哪些应划入商事人格权的范畴？是否还存在没有为现行法律所确认的其他商事人格权？对此，我们应根据法律主体与人格权的一般关系，尤其是商事法律人格（商主体）与商事人格权的一般关系予以回答。

我们从商主体一般人格权问题开始展开论述。众所周知，一般人格权乃由德国司法实践首创，因此，为明确其内涵中是否包含了商事人格权，我们先对德国一般人格权理论作一个简单回顾。据德国学者考证，《德国民法典》制订者有意识地未将一般人格权纳入法典第823条第1款保护的法益范围。1954年，联邦最高法院在一个案件中承认了一般人格权。而这一判例很快传播开来，其效力为各级法院所肯定，并且在法律后果方面得到了实质性扩大。在述及一般人格权的内容时，德国学者梅迪库斯说到如果从这一角度来观察问题（或者以损害企业营业为由），法院对于“宝马汽车案”也可以作出不同的判决。③ 由此可知，德国学者是将商主体包含在一般人格权主体中的。事实上，一般人格权之所以产生，乃在于传统民法典在缺失人格权的一般规定的情况下，许多人格利益受到侵害，只能寻求刑法与行政法的保护而不能得到民法的充分保护。因此，第二次世界大战后，在人格独立、人格尊严、人格自由急需保护的情况下，在缺乏人格权制度因而欠完备的民法制度中，承认一般人格权就极为必

① 参见吴汉东：《论商誉权》，载《中国法学》，2001（3）。

② 参见《民法通则》第98～103条。

③ 参见［德］迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译：《德国民法总论》，805～809页，北京，法律出版社，2000。

要。[①] 由于大陆法系国家只对商号权作出了规定，因而商主体的人格权即商事人格权需要通过民法中的人格权制度予以保护；而并不完善的人格权制度又有赖于一般人格权的补充，因此，商事人格权必然也要包括商事一般人格权。就我国法律实践来说，尽管一般人格权尚未成为立法上的概念，但在司法实践中则受到普遍承认，在学界更是毫无争议地被视为人格权制度的基本内容。具体到商事一般人格权来说，尽管学界尚未明确提出这一概念，但早已承认了法人的一般人格权。而法人一般人格权的内容，具体体现在法人的人格独立和人格平等两个方面。显然，人格独立与人格平等实质上正是商主体的本质要求（具体论证将在本文第四部分展开）。因此，商事一般人格权之存在当无疑义。

关于具体商事人格权的范围，同样缺乏法律规定与学理研究。即使就法人人格权而言，也不无疑义。如上所述，我国能够为法人所享有的人格权规定了名誉权、荣誉权，此外，还规定了法人、个体工商户、个人合伙享有名称权，《反不正当竞争法》则确立了商业秘密权。但这些权利哪些能够成为法人人格权，不仅缺乏法律规定，在对此展开研究的法学文献中也是观点不一。在各种观点中，对于名称权、名誉权作为法人人格权并无争议，尚难确定者在于荣誉权、信用权、商业形象权与商业秘密权。鉴于辨析这一问题绝非三言两语所能完成，故将其作为本文的第三大部分予以详细论述。

三、具体商事人格权述评

关于具体商事人格权，所涉内容繁多，本书主要立足于考察具体商事人格权的概念与法律属性，通过比较研究得出一个尽可能科学的结论，希望对于确立商事人格权制度有所裨益。

（一）关于名称权

确切地说，商主体的名称权应称为商号权，一则各国立法均如此规

① 参见王利明等：《人格权法》，46页，北京，法律出版社，1997。

定，二则只有商号权才能准确地反映出商主体的特殊属性。商号的概念在不同国家的法律中有着不完全一致的解释。一般来说，商号又可称为商事名称、商业名称，指的是商主体在从事商行为时所使用的名称，即商主体在商事交易中为法律行为时，用以署名或让其代理人以之与他人进行商事交往的名称。[①] 在我国，商号的法律渊源主要有《民法通则》、《企业名称登记管理规定》以及其他单行法规与部门规章。但是在这些法律文件中，关于商号的界定很不清晰。《民法通则》在规定法人、个体工商户、个人合伙享有名称权的同时，又将个体工商户、个人合伙的名称称为"字号"[②]；《企业名称登记管理规定》第 7 条则规定："企业名称应当由以下部分依次组成：字号（或者商号，下同）、行业或者经营特点、组织形式。"显然，我国法律是将字号等同于商号，根据《企业名称登记管理规定》，商号乃企业名称的核心组成部分，而《民法通则》又将字号混同于企业名称，导致了商号使用上的混乱。基于此，应当严格界定商号的含义。多数学者从传统习惯以及理论体系性出发，主张将商主体的名称统称为商号，即从广义上理解其含义。[③] 也有人认为在现代企业法律制度中，多使用"商业名称"或"企业名称"，而不单独使用"商号"，并将我国台湾地区修改"商业登记法"时改"商号"为"商业名称"作为明证。[④] 但在德国、日本、韩国等国商法典中则以商号指称之。采取民商合一立法例的，其做法有所不同，乃将商号权概括在姓名权中，一并加以保护。[⑤] 事实上，问题不在于有多少立法例使用商号或其他名称，而在于这种名称是否合适，是否符合我们的交易习惯。鉴于我国长期以来都以商号或字号指称商主体，因此，商主体的名称权称为商号权即可。

任何法律主体都必然要以一定的名义标识，并凭借该名义参与社会活动。在自然人，用以标识的名义为姓名，在公法人，其名义为相应机关名称，在商主体则为商号。毫无疑问，这种用以标识法律主体的名称应属于人格权的客体，基于该名称而享有的名称权则应属于人格权的范畴。因此，商号权是一种名称权，性质上似乎应归属于人格权。不过，

---

① 参见范健：《德国商法》，145 页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

② 《民法通则》第 26、33 条。

③ 参见范健主编：《商法》，2 版，71 页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

④ 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，247 页，北京，北京大学出版社，2000。

⑤ 参见黄宗乐监修：《六法全书・民法》，16 页，台北，保成文化事业出版公司，1991。

与民法一般名称不同的是，商号是商品生产经营者即商主体出于营利目的而创设使用的一种有别于一般民事名称的特殊名称。基于此，由于作为商主体的资信状况、营业风格、特色的象征，商号的使用能为其所有者带来一定的经济利益，因此，“为保护商号所有人对其商号中蕴含的财产利益的享有，《保护工业产权巴黎公约》及一些国家的国内法将商号纳入知识产权之列”①。我国也有不少学者持相同或者类似观点。有人认为“商号权就是商品生产经营者依法对其注册商号所享有的专用权，其内容具有人身权和财产权双重属性，在权利类型上属于知识产权”②。另有人认为，商号权应作为知识产权规定于有关知识产权法中，而不应作为人身权规定于民法人身权部分。③ 还有人认为，商号是一种无形财产，商号权作为无形财产权，应属于知识产权的范畴。④ 除了知识产权或财产权说外，还有人格权说。该说认为，商号是商主体在营业中表彰自己的名称，实质上与姓名无异；而姓名权属于人格权，因此商号也应属于人格权。⑤ 略有不同的是，有人认为商号权本质上属于人格权，不过，尽管不是无体财产权，但具有某些无体财产权的性质。⑥ 更多的学者还是认为，商号权是兼人身权与财产权于一体的混合权利。⑦

我们认为，商号是商主体在社会活动中用以确定和代表自身，并区别于他人的文字符号和标记，它依附于商主体，是商主体相互区别的重要外在标志。商号作为一种文字符号和标记，不是图形，也不是形象，这一点是与姓名相同的。因此，有人将其归人人格权范畴。然而，姓名权作为人格权，必然具有人格权的一般属性：其一，专有性，即它与自然人的人身不可分离，也不得由权利人抛弃；其二，非财产性，即它本身不具有直接的财产内容，也无法体现为确定的财产价值，作为姓名权客体的姓名不能像财产权客体一样可以转让或继承。显然，商号权具有明显不同的特征：其一，商号权具有可转让性。商号权让与，历来有两

---

① 张礼洪：《论商号的知识产权保护》，载《知识产权》，1995 (5)。
② 张丽霞：《试论我国商号立法中的问题》，载《国际经贸研究》，1997 (1)。
③ 参见于新循：《关于完善我国商号法律制度的几点建议》，载《重庆商学院学报》，1998 (1)。
④ 参见徐学鹿：《商法总论》，236页，北京，人民法院出版社，1999。
⑤ 参见赵中孚主编：《商法总论》，180页，北京，中国人民大学出版社，1999。
⑥ 参见杨立新、吴兆祥：《论名称权及其民法保护》，载《江苏社会科学》，1995 (1)。
⑦ 参见范健主编：《商法》，2版，77页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

种学说。[①] 一是绝对转让主义，认为商号转让应当连同营业同时转让，或者在营业终止时转让，商号转让以后转让人不再享有商号权，受让人独占该商号权。各国商法典一般采此学说。[②] 二是相对转让主义，又称自由转让主义，即商号转让可以与营业分离而单独转让，并可以由多个营业同时使用同一商号，商号转让以后，转让人仍享有商号权，受让人亦取得商号权。[③] 显然，不管哪一种主张，都是同意商号权可以转让的。这一点使其与具有专属性的姓名权区别开来。其二，商号权具有直接财产内容，或者说，以财产权为其主要权利内容。实际上，既然商号权可以转让，当然具有财产性，或者说具有直接财产内容。商号作为企业经营能力、资信状况等的象征，是企业无形资产的重要组成部分。因此，作为合伙企业与个人独资企业的合伙人与企业主，对其商号当然拥有所有权（合伙企业为共有权）。当合伙企业合伙人或个人独资企业主死亡时，其所拥有的商号权作为死者财产，自然可以由其继承人继承。这也是商号权与一般民事名称权与姓名权的根本区别所在。其三，商号权具有公开性。商号必须登记注册，除了出于国家藉此予以审查控制的目的之外，另一目的便在于使商号公示，一则使其为人所知，二则便于国家监管。对于姓名权来说，尽管每个人都有登记于户口簿上的正式姓名，但除此之外，自然人还对其笔名、艺名、化名等享有姓名权。

商号权与知识产权也具有明显的区别。其一，没有时间性。商号权与企业共存亡，而企业的存续在各国立法及实践中多无时间限制，所以商号权依附于企业无限期地受法律保护。知识产权则具有严格的时间性。知识产权作为无形财产权，与商号权的存在必须以其所依附的商主体的存在为前提相比，实际上才真正可谓能够"永恒存在"，但各国法律基于社会公共利益的考虑，断然将其限定为只在一定时间内有效。[④] 其二，商号权具有更加严格的地域性。各国法律普遍规定，商号登记的效力受一定区域范围内使用之限制。除全国驰名的大企业的商号可以在全国范围内享有专用权外，其他商主体的商号只能在其登记的某一地区范围内享有专用权。[⑤] 对于知识产权来说，尽管也只能在其依法产生的地域内有效，但其地域范围则以国家或者法域为限，在欧盟等对知识产

① 参见杨立新、吴兆祥：《论名称权及其民法保护》，载《江苏社会科学》，1995 (1)。
② 德国、日本、瑞士、意大利等国的商事立法奉行这一原则。
③ 法国商事立法奉行这一原则。
④ 参见郑成思：《知识产权法》，22 页，北京，法律出版社，1997。
⑤ 参见《日本商法典》第 19、20 条，《韩国商法典》第 22 条。

权实行一体化保护的地区，其地域范围更是扩大到所有成员国内。即使就相对接近于知识产权特性的无形性与专有性而言，也非如人们所想像。实际上，无形财产为数众多，不可能所有无形财产都划人知识产权范畴。专有性则为所有绝对权的共同属性。因此，将商号权划人知识产权殊为不当。事实上，之所以得出这种结论，乃在于这些学者认为绝大多数国家都是通过反不正当竞争法保护商号权的，而反不正当竞争法又被许多国家国内法与国际条约视为知识产权法的组成部分。应当说，这是不够严谨的。毕竟，这只是由于历史上的某种误会所造成的一种法律保护模式而已，并不能因此判断其法律属性。

综上分析，我们可以得出明确的结论：商号权不同于姓名权，因其具有可以转让与继承的直接财产内容，并以依法公开为必要；也不同于财产权或知识产权，因其具有严格的“人身”依附性，不可脱离商主体而独立存在。因此，与姓名权为民事主体所必需相同，商号权作为商主体的人格权，亦为商主体所必需。

（二）关于商主体的名誉权

实际上，商主体的名誉权并非法定概念，除我国《民法通则》规定了法人名誉权外，只有少数国家关于名誉权的规定中隐含了对商主体名誉的保护。对此，在立法与学理上，普遍使用的概念则是商誉权与信用权。但一般而言，大陆法系国家的民法典鲜有对商誉权保护的明确规定。就我们所能查阅的立法资料来看，在民商分立国家，民法典与商法典中均未见关于商誉权的规定，在民商合一国家，也仅见《俄罗斯联邦民法典》第 1100 条规定，“传播诋毁名誉、侵害人格尊严和商誉信息而造成的损害”，“无论致害人有无过错，均应补偿精神损害”。这一条可算作关于商誉权的规定。《德国民法典》第 824 条则以“信用损害”为题对信用作了专门规定。有人认为，“综观大陆诸国，除德国民法典外均未对信用权在法典中作出规定，概认为适用名誉权。”① 实际上，这种理解只适用于一般民事主体，因为绝大多数国家都未将信用权视为一般民事主体独立的人格权。事实上，大陆法系多数国家是采用竞争法来保护商誉权或信用权的。例如，德国《反不正当竞争法》在题为“商业

① 苏号朋、蒋笃恒：《论信用权》，载《法律科学》，1995（2）。

诽谤”的第 15 条第 1 款规定：“对他人的营利业务、企业主或领导人本人、他人的商品或工业给付恶意主张或传播构成损害商事企业的违背真实的事实者，应被科以最高为 1 年之徒刑或罚款。”[①] 依此，似应采用商誉权概念为宜。但是，在日本《不正当竞争防止法》第 1 条第 6 项的规定中，却明确采用了“营业上的信用”概念。[②] 而在德国《反不正当竞争法》题为“毁谤”的第 14 条的规定中，也使用了“商业企业和商业企业主信用”的概念。并且，日本《不正当竞争防止法》第 1 条第 5 项的规定实际上是关于商誉权的规定。如此看来，商誉权与信用权又似乎是并不相同的权利类型。不过，日本学者小岛庸和强调该类权利是一种反不正当竞争权，仅具有禁止权效力，并不能构成独立的权利类型。[③]

因此，在究竟应使用哪一个概念，或者说如何使用这些概念问题上，确实颇费思量。在学术界，关于这个问题也并无定论。有人认为，关于信用和商誉，台湾有些学者将其相提并论；其实，商誉并非一个法律术语，而是一个经济学术语，其含义与信用无甚区别，只须以信用代替即可。[④] 显然，该观点持的是等同论。另有人认为，商誉权与信用权系不同类型的权利。譬如，有人认为，传播流言、宣称某工厂因遭受火灾而停产的行为并不构成对其名誉权的侵害，但构成对其信用权的侵害[⑤]；甚至有人就信用权与商誉权分别撰文作长篇论述。[⑥] 就我国而言，我们认为，尽管不宜否定信用权的独立价值，但在商主体上，采用商誉权概念较为妥当，而不宜将信用权确立为与商誉权相并列的权利类型。究其原因有三：其一，尽管各国在竞争法中多数将关于商誉与信用的侵害同时规定，但并未将其确立为独立的实体权利，而商誉权则已见于立法规定，或通过扩大对名誉权的解释而得到适用；其二，我国立法从未确立过信用权概念，而商誉权（部分主体）则已为《民法通则》规定的法人名誉权所包含，《反不正当竞争法》中也对侵害商业信誉、商品声誉行为作了明确规定，并无将信用权独立规定之意；其三，实际上，至

① 《各国反垄断法汇编》，244 页，北京，人民法院出版社，2001。

② 参见《各国反垄断法汇编》，559 页，北京，人民法院出版社，2001。

③ 参见［日］小岛庸和：《无形财产权》，43 页，日本，创成社，1998。

④ 参见苏号朋、蒋笃恒：《论信用权》，载《法律科学》，1995（2）。

⑤ 参见魏振瀛主编：《民法》，659 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2000。

⑥ 参见吴汉东：《论商誉权》，载《中国法学》，2001（3）；吴汉东：《论信用权》，载《法学》，2001（1）。

少对商主体来说，信用乃商誉中的组成部分，包含了商业信誉、商品声誉的商誉已将信用包含于其中。至于有人认为商誉并非一个法律术语，而是一个经济学术语，则纯属误解。实际上，商誉与信用都是经济学术语，相比较而言，在法律术语中，倒是商誉更多地被使用。

关于商誉权的法律属性，同样是观点各异。在经济、管理学界，一直将商誉作为财产看待。譬如，有人认为，商誉是一种未入账的无形资产，不能离开企业整体而单独存在，其未来收益与成本无直接关系，是一种不可确指的无形资产。[①] 与此同时，有关法律文件还从资产或产权的角度肯定了商誉的无形财产的性质。1992 年财政部与国家体制改革委员会联合颁发的《股份制试点企业会计制度》第 37 条确认："无形资产包括专利权、商标权、专有技术、土地使用权、商誉等。"同年财政部发布的《企业会计准则》和《企业财务通则》两个规范性文件都规定："无形资产是指企业长期使用，但是没有实物形态的资产，包括专利权、商标权、著作权、土地使用权、非专利技术、商誉等"。显然，这是将商誉权视为财产权。

在法学界，关于商誉权的法律属性，大体上有三种学说。其一，人格权说。在多数民法教材中，都有法人名誉权的内容，或称名誉权主体除自然人外，还有法人与其他组织。同时明确认定，名誉权乃人格权之一种，并且，对于自然人与法人、其他组织的名誉权并未区分。[②] 显然，这是将法人、其他组织的名誉权作为人格权看待。在这些著作中，尽管未明确提出商誉权概念，但所谓法人、其他组织的名誉权则指的是或者说主要指的是商誉权。需要说明的是，在人格权说中，有人认为，法人名誉权与自然人名誉权一样纯粹属于精神性权利，只具有间接的财产内容[③]；也有人认为，"法人的名誉权与公民的名誉权相比，与财产权的联系更为密切，权利本身的财产性更为明显。"[④] 甚至还有人认为，如果说商誉权与名誉权尚有所区别的话，也仅仅因为加害人及侵害方式

① 参见何俊德：《经济性贬值状况下企业商誉评估之初探》，载《华中理工大学学报·社会科学版》，1998（3）。

② 参见江平主编：《民法学》，295 页，北京，中国政法大学出版社，2000；魏振瀛主编：《民法》，652 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2000；王利明等：《人格权法》，113 页，北京，法律出版社，1997；马俊驹、余延满：《民法原论》（上），188 页，北京，法律出版社，1998。

③ 参见马俊驹、余延满：《民法原论》（上），189 页，北京，法律出版社，1998。

④ 王利明等：《人格权法》，117 页，北京，法律出版社，1997。

的不同而由不同的法律予以调整而已。“当一个企业的名誉被一般人（即非竞争对手）侵害时，其所侵害的是名誉权；当一个企业的名誉被其竞争对手以反不正当竞争法等规范的手段侵害时，其所侵害的是商誉权。”① 其二，人格权与财产权混合权利说。一般来说，持该说者皆主张商誉权兼具人格权与财产权的属性，但若严格区分，则又可划分为不同类型。有人认为，商誉权虽然存在无形财产权性质，但财产性只是其非本质属性，只有人格权才是它的本质属性。② 实际上，这种观点从本质上讲仍属于人格权说，只不过认为商誉权具有明显的财产权属性。另有人认为，“商誉权并不属于严格意义上的知识产权，而是兼具财产权和人身权双重属性的新型权利。”③ 该说在肯定了商誉权兼具财产权和人身权双重属性的同时，否定了商誉权的知识产权属性，提出商誉权应属于一种新型权利，但未能确定究竟属于何种权利。还有人认为，商誉权应归类于知识产权，因为它具有人身性和财产性的双重属性，而这恰恰是知识产权的本质特征所在。此外，作为商誉权客体的商誉是人的脑力、智力的创造物，与各种各样的信息有关，而且这些信息与各种有形物质相结合，因此符合知识产权的固有的无体性特征。④ 其三，财产权说。该说主张“商誉是一种非物质形态的特殊财产，由此所生之权利当为财产权”⑤。为证明其观点，该说主张者以国际国内相关会计规则将商誉视为无形财产作为其立法上的依据。应当说，这种观点看到了商誉权中非常重要的性质，没有将其混同于一般民事主体的人格权或知识产权，但遗憾的是，未能明确提出商誉权究竟属于何种性质的权利。

关于商誉权的法律属性，在各执一词的众多观点面前，确实令人难以判断。但是，我们可以通过对这些观点所持的理由予以剖析，将商誉权与各相关权利予以比较，最终得出商誉权确切属性的结论。“人格权说”的理论缺陷在于强调了商誉权的精神利益，而忽视甚至否认商誉权的财产属性。事实上，商誉作为对商主体经济能力的社会评价，不同于对一般民事主体侧重于道德方面的社会评价，已演化为直接的财产利益，因而应从属于一般人格利益的名誉中分离出来，并受到法律的特别

---

① 张新宝：《名誉权的法律保护》，35页，北京，中国政法大学出版社，1997。
② 参见王娜加：《论侵害商誉权及其法律救济》，载《内蒙古师大学报》，1999（1）。
③ 赵万一：《商法基本问题研究》，347页，北京，法律出版社，2002。
④ 参见梁上上：《论商誉与商誉权》，载《法学研究》，1993（5）。
⑤ 吴汉东：《论商誉权》，载《中国法学》，2001（3）。

调整。此外，商主体作为由法律创设的自然人之外的法律人格，本无得以享受精神利益的具有情感的肉体，根本谈不上享有精神性权利。[①] 可见，这种新型的民事权利显然有别于人格权范畴的名誉权。

“人格权与财产权混合权利说”承认商誉权具有财产权与人格权的双重内容，正确地说明了商誉权所具有的本质属性，但其具体结论却存在或多或少的明显缺陷。商誉权固然具有人格权的某些属性，如为主体所必需并与主体不可分离，但这并不是该项权利的本质属性。如上所述，在国际国内的许多会计规则中都是将商誉作为无形资产考核的。在国际多边投资协议中，商誉则与版权、专利、商标都是可以用于投资的资产形式。[②] 肯定商誉权兼具财产权和人身权双重属性，否定商誉权的知识产权属性，并提出商誉权应属于一种新型权利，确属正确的思路。但问题在于，商誉权中财产权与人身权究竟孰轻孰重，两者关系如何，人身权属性具体表现为哪些方面，更为重要的是，这种新型权利究竟属于什么权利，该说都无法回答。至于将商誉权归入知识产权的观点，应当说，同样只是看到了商誉权的表面现象。尽管在兼具人身权性与财产权性，并具有无形性与专有性方面，商誉权与知识产权极为相似，但很明显，商誉权并不具备知识产权所具有的时间性、地域性与可复制性的特征。

关于“财产权说”，我们认为，商誉权固然具有非常明显的财产权属性，甚至可以说这就是其本质属性，但商誉权毕竟是为商主体所专有并与其不可分离者，因此，不能忽略这种严格的人身依附性。事实上，正如名誉权对于一般民事主体乃必不可少者，商誉权对于商主体来说，也是不可或缺的。这就显示出其“人格权”的属性。但很明显，这种基于商主体特殊身份的“人格权”完全不同于一般民事主体的人格权，而是以财产权为其最主要内容的权利。因此，我们将其归入商事人格权范畴。

（三）关于商主体的荣誉权

商主体的荣誉权概念既未见任何法律的规定，在学理上也是极少有

---

① 对于商法人来说，不管采关于法人本质的何种学说，无疑都无所谓精神可言。对于商合伙而言，作为具有独立于合伙人人格的法律人格者，也无精神利益可言。即使是在法律人格上公认为依附于企业主个人人格的商个人，对于其企业商誉的侵害，也不能等同于对于其本人的侵害。

② 参见郑新建：《试论商誉权的法律属性》，载《河北法学》，2000 (1)。

人使用的概念。遍查大陆法系各主要国家的民法典与商法典，均未见关于荣誉权的明确规定，更不用说对商主体的荣誉权的规定了。所能见者，惟我国《民法通则》第102条规定："公民、法人享有荣誉权，禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。"学理上则认为："荣誉权是指自然人、法人或其他团体获得、保持、利用荣誉并享有其所生利益的权利。"[①] 但关于荣誉权的法律归属，则有不同认识。根据《民法通则》第102条前半句的规定，荣誉权应为人格权，根据后半句的规定则似乎应归入身份权的范畴。因此，我国学界这两种观点都有。[②] 事实上，尽管荣誉权主体因其荣誉而拥有特定的"身份"，但这种"身份"与身份权法意义上的身份含义并不一致。今天私法中所谓"身份"，都起源于古代属于"家族"所有的权力和特权。[③] 有学者则明确提出："民法上身份云者，谓基于亲属法上之相对关系之身份，有一定身份然后得享有之权利也。"并认为身份权即亲属权。[④] 据此，我们认为还是将荣誉权归入人格权为宜。综观各国立法与司法实践，并未对荣誉权作出独立规定，乃将其作为名誉权的一部分予以保护。尽管，我们认为，由于荣誉与一般名誉相比有其特殊性，因而我国《民法通则》将荣誉权独立于名誉权予以特别保护，确有其必要；但是，其差异主要在于荣誉的获得与内容不同于一般名誉而已，并不至于在权利属性上作出截然不同的归类。

就商主体的荣誉权来说，应不存在理论障碍。任何形态的商主体都有可能获得荣誉称号，如"质量信得过企业"、"守合同重信用企业"等。问题在于，荣誉权能否成为商事人格权？也就是说，荣誉权是否为商主体作为法律人格所必需者？要回答这个问题，其实也很简单。既然一般民事主体的荣誉权作为独立的人格权或者作为名誉权的一部分并无争议，那么商主体的荣誉权作为商主体的人格权当无疑义。但商主体的荣誉权究竟是因为其归属于商主体而成为商事人格权，还是因为不同于一般民事主体的荣誉权而归属于商事人格权，则不无疑问。一般民事主体的荣誉权性质上属于精神性权利，并无财产内容，作为人格权当然还

---

① 魏振瀛主编：《民法》，672页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2000。

② 江平主编的《民法学》采人格权说，魏振瀛主编的《民法》、马俊驹、余延满所著《民法原论》（上）则采身份权说。

③ 参见杨立新：《人身权法论》，49页，北京，中国检察出版社，1996。

④ 参见史尚宽：《民法总论》，21页，北京，中国政法大学出版社，2000。

具有不可转让性。商主体的荣誉权也不能转让，此与一般民事主体的荣誉权相同，但商主体的荣誉权往往能够为商主体带来可观的经济利益，从而具有财产权属性。从实际操作来看，则往往将商主体的荣誉权作为商誉权的一部分看待。但不管怎样，商主体的荣誉权具有财产权属性是不容否认的。这一点使其与一般民事主体的荣誉权区别开来。同时，商主体的荣誉权与商誉权一样，也具有严格的人身依附性，从而与财产权区别开来。因此，将其归入独立类型的商事人格权较为适宜。

（四）关于商业形象权

商主体作为法律的拟制物，并无自然人的肖像，自然无肖像权可言。[①] 但商主体在经营过程中，往往会为其设计企业形象，这种企业形象也往往会成为企业的标志，从而使其具有了相当于自然人肖像对于自然人的标识作用的人格标识功能。由此形成的虚拟的企业商业形象利益也需要得到法律保护，因此在欧、美、日即出现了日益发达的“商业形象权”保护方式。[②] 与此相近的概念还有公开权、商品化权、形象权等。如上所述，这些概念实际上含义相同，其英语表达都为“right of publicity”。形象权作为将形象（包括真人的形象、虚构人的形象、创作出的人及动物的形象、人体形象等等）付诸商业性使用（或称营利性使用）的权利，与本书所提出的商主体对其企业形象所拥有的商业形象权明显不同。

提出形象权概念的学者认为，“此种权利如同作者对其作品所享有的使用权一样，属于财产权，而不是人身权”[③]。提出“商业形象权”概念的学者则认为该权利属于知识产权。应当说，基于人格权以及作品的商品化利用而形成的形象权确实具有明显的财产权属性，但其同样明显的人格权属性也不容忽视，作为一种新型的权利，其法律归属实难判定，但将其断定为财产权则显然失之武断。商业形象权的客体——企业形象，由于要以作品的形式表现出来，因此，从这个角度来看，确实属于版权范畴。但是很明显，企业形象的本质，不在于企业得以拥有对于

① 即使对于商个人来说，尽管其法律人格依附于企业主个人人格，也应当将企业主与企业本身严格区别开来，企业主个人的肖像并不能成为企业的肖像。

② 参见郑成思：《知识产权论》，65页，北京，法律出版社，1998。

③ 董炳和：《论形象权》，载《法律科学》，1998（4）。

其所设计的企业形象的版权利益（包括精神性与物质性利益），而在于借助该企业形象扩大企业的影响，从而为其创造巨额经济利益。因此，事实上乃作为企业法律人格标识而存在的企业形象，并不能将其等同于仅仅作为受版权法保护的作品。不过，与肖像权相比，商业形象权又具有明显的为肖像权所不具有的财产权属性，良好的企业形象对于企业的生产经营往往具有巨大的促进作用，能为其带来非常可观的利润。另外，肖像权除去新型的形象权因素外，只能为权利人所专有，并不能转让、抛弃和继承。而商业形象权则不然，商主体可以自由地将其处分，如可以通过废弃企业形象而抛弃对其享有的权利，可以通过转让企业形象而获取高额回报，此外，商主体终止之后，其继受者可以继续拥有其商业形象权。基于此，我们认为，商业形象权应当划入商事人格权的范畴。

（五）关于商业秘密权

关于商业秘密权，据查证，各国民、商法典中均无规定。对此，各国大多通过反不正当竞争法予以保护。[①] 此外，也有不少国家通过合同法、侵权法予以保护。[②] 在《与贸易有关的知识产权协议》（Trips）中，尽管没有使用“商业秘密”概念，但其“未披露过的信息”实际上就指的是商业秘密。[③] 在学术界，则基本上是在反不正当竞争法中加以研究。

至于商业秘密权的法律属性，多数学者都将其归入知识产权或财产权的范畴。[④] 另有学者将其作为法人人格权的重要内容。[⑤] 还有人将其归入“商事人格权”的范畴。[⑥] 尽管如上所述，该“商事人格权”概念乃为我们认为并不确切者，但反映出该说主张者认为商业秘密权具有人

① 德国《反不正当竞争法》第17条、法国《公平交易法》第23、24条等均系对商业秘密的专门规定。

② 参见齐树洁、贺绍奇：《论商业秘密的法律保护》，载《厦门大学学报（哲社版）》，1996（1）。

③ 参见郑成思：《知识产权法》，482页，北京，法律出版社，1997。

④ 参见郑成思：《知识产权法》，482页，北京，法律出版社，1997；寇占奎：《论商业秘密权》，载《河北师范大学学报（哲学社会科学版）》，2001（2）。

⑤ 参见马俊驹、余延满：《民法原论》（上），189页，北京，法律出版社，1998。

⑥ 参见程合红：《商事人格权刍议》，载《中国法学》，2000（5）。

格权的属性。诚然，商业秘密对一个企业来说，尤其是对于诸如可口可乐公司等企业来说，具有决定其兴衰成败的作用。但是，这种对企业运营具有至关重要的生产因素，从本质属性上说，并非决定商主体法律人格的因素。易言之，商业秘密对企业固然非常重要甚至能对其“生死存亡”起决定性作用，但它既不依附于商主体，也并非商主体维持其法律人格所必不可少者。这一点与隐私权不一样。尽管隐私权乃为保护自然人的个人信息，使该个人信息得由自然人本人支配，似乎与商业秘密权相似。然而，法律之所以确立隐私权保护制度，乃在于隐私对于自然人的人格尊严与人格自由极其重要，对自然人维持其正常生活可谓不可或缺。显然隐私权具有明显的人身依附性。因此，我们认为不宜将商业秘密权归入商事人格权范畴。

四、商事人格权法律属性与制度价值

（一）商事人格权的法律属性

通过对具体商事人格权的逐项分析，可以看出，除了一般商事人格权外，还存在着商号权、商誉权、商事荣誉权、商业形象权等具体商事人格权。通过具体商事人格权性质的界定，我们同样能够得出结论：商事人格权既非传统民法意义上的人格权，也非知识产权，更不能笼统地称之为财产权，而是一种兼具了传统人格权与财产权特征的新型权利，惟有“商事人格权”概念才能准确地指称之。

商事人格权作为商主体特有的人格权，乃商主体维持其法律人格所不可或缺者。但商事人格权毕竟为商主体所专有的人格权，不可能具有自然人所享有的人格权中的物质性人格权——生命权、身体权与健康权，也不可能具有所谓“精神性人格权”，因为商主体既无精神的载体——肉体，自无精神可言，精神性人格权也就无从谈起了。如此一来，似乎陷人了矛盾：既无物质性权利又无精神性权利，岂不是没有任何权利可言了么？事实上，这正是商事人格权的特殊性所在。我们说商事人格权无物质性权利与精神性权利，乃以传统人格权理论为参照得出的结论。依据传统人格权理论，人格权不具有财产内容或者说不具有直接的财产内容，因此，除为维持自然人的物质存在所不可缺少者，故称

之为物质性权利的生命权、身体权、健康权外，其余诸如姓名权、肖像权等人格权则只能归入精神性权利范畴。对于商事人格权来说，则不能依此判断。商主体固然无自然人的物质形体，但依“法人实在说”理论，则商主体也同样是客观存在的实体。只不过这种实体不同于自然人的物质实体——肉体，乃系为法律所创设的组织体。[①] 要维持该组织体的存在，或者说，要使其得以正常从事生产经营活动，除了企业资本、设施等条件外，商号、商誉等商事人格权的客体也是必不可少的。尽管有人认为法人也有精神，基于法人实在说，其机关成员的精神即属法人的精神[②]，但是，如上所述，这种理解显然是一种误解。从这个意义上说，商事人格权似应归入物质性人格权范畴。然而，如此界定又极可能与自然人的物质性人格权相混淆。因此，我们认为，商事人格权实乃一种为传统人格权理论或者说适用于民事主体的人格权理论所解释，只能在商法的体系内获得解释。也就是说，商事人格权作为商主体所专有的权利，只能解释成一种独立的商事权利。

需要说明的是，切不可将商事人格权与同样作为组织体形态的公法人与非营利组织的人格权混为一谈。就其性质而言，公法人与非营利组织的法律人格要素也同样不同于自然人，故其人格权也与自然人殊为不同。在具体表现上，不惟公法人与非营利组织不能享有自然人之物质性人格权，即便在被学界认为属于法人人格权范畴的名誉权方面也与自然人之名誉权具有显著差异。事实上，公法人与非营利组织的人格权与商事人格权也具有明显差异，并不能归人同一范畴。具体来说，表现在以下几个方面：其一，公法人与非营利组织所享有的名称权，不仅不具有财产权属性或者说不具有直接的财产权属性，而且在侵权救济上也颇为不同。一般认为名称权包括名称决定权、名称使用权、名称变更权与名称转让权等内容。显然，对公法人来说，并不可能行使这些权利，更谈不上通过行使这些权利获取经济利益了。非营利组织虽可行使这些权利，但因其非营利的性质，同样不能通过其名称的使用与转让获取经济利益。对公法人来说，实际上谈不上私法上的侵权救济。他人（包括组织）既不可能干涉公法人的名称权，也不可能以民事侵权的方式假冒或

① 公司、合伙企业作为组织体当无疑义，个人独资企业以及特殊形态的公司——国有独资公司、一人公司，除了在仅将物质资本出资者视为成员意义上难谓组织体外，若以更加开阔的视野审视，还是可谓广义的组织体。

② 参见任胜君：《法人精神损害亦应赔偿》，载《律师世界》，1999（7）。

者盗用公法人的名称。若有人假冒或者盗用公法人的名称，其直接侵害的乃国家利益，因而构成行政违法或者刑事犯罪。就各国立法例而言，自然人之外的组织体人格权多通过反不正当竞争法予以保护，显然，公法人的名称权不能依此获得保护。从性质上讲，非营利组织之间的经营性竞争已经日益明显地表现出来，似应可以适用侵权法或竞争法，从而依此获得保护。然而各国事实上并未将其纳人侵权法与竞争法的范围，因而也不能获得私法方式的救济。因此，公法人与非营利组织所享有的名称权与商主体的商号权，具有极为明显的内容与性质上的差异。其二，在名誉权方面，公法人与非营利组织也明显不同于商主体。基于名誉权的一般属性，我们认为，公法人实际上并不应获得名誉权的保护，或者说公法人就根本不具有名誉权。由于公法人作为公共服务机构的特殊法律属性，其理当置于社会的监督之下，即使社会舆论对其评价有不妥之处，除非恶意攻击政府而因此应追究行政与刑事责任，均不应提起侵权之诉。非营利组织应拥有名誉权，但其名誉权也明显不同于商誉权。应该说，非营利组织并非不能获得盈利，只不过，其盈利不能分配于其投资者，而只能用于社会公益事业。因此，非营利组织的名誉权既有人格标识意义，也具有一定财产权属性，只是该项财产权只能归属于非营利组织这个抽象的法律人格，而不能最终归属于其投资者。并且，由于非营利组织特有的非营利属性，即使发生非营利组织间的合并，也不能藉此获利；因而，非营利组织的名誉权只能在正常经营过程中通过使用而体现出其财产属性，而不能通过转让获得经济利益。其三，在荣誉权方面，公法人与非营利组织同样区别于商主体。公法人固然也能获得荣誉称号，但除去获得的各种奖金外，这种称号并不能为其带来任何直接或者间接的经济利益。非营利组织的荣誉权除了奖金外，可能会为其创造较高的经济利益，从而具有间接的财产权属性。但由于非营利组织具有不可转让性，该荣誉权难以在整体转让中作为“商誉”的一部分获得财产上的体现。因此，非营利组织的荣誉权也不同于商主体的荣誉权。其四，公法人与非营利组织尽管也具有一定的标识（如政府机关、学校的徽章），但该标识不同于商主体的商业形象。应该说，公法人的标识也具有人格标识意义，但除此之外，并不能像商业形象那样通过宣传创造经济利益，也不能通过转让获得经济利益。至于非营利组织，虽然可以通过宣传创造经济利益，但却不能为其投资者带来最终的经济利益。基于此，公法人与非营利组织对其标识所拥有的权利，也明显不同于商业形象权。

有鉴于此，应当将商事人格权作为一种独立的商事实体权利，在商

法典或类似商事立法中予以明确规定。在大陆法系国家，无论采民商合一还是民商分立立法例，都将商法视为民法的特别法，认为民法是抽象化的法律表现，商法是具体化的法律表现。如民事所有权制度是商事交易财产的一般规定，商事物权制度是商事交易财产的特别规定；民事主体制度是商主体制度的一般规定，商主体制度则是民事主体制度的特别规定。① 显然，对于民法中规定的能够适用于一切民商事法律关系的制度，商法当然无须重复规定，但是，对于商法中的不能为民法一般规定所包含的特殊制度，则只能也应该由商法单独规定。但遗憾的是，传统商法却大多未能很好地做到这一点，使得商事人格权这样重要的制度竟然在各国商法中都未能占据一席之地。我们认为，应当改变通过反不正当竞争法等法律对商事人格权予以保护的现行做法，恢复商事人格权在商法中原本应当拥有的地位。

（二）商事人格权的制度价值

如上所述，商事人格权既不能为传统人格权所解释，也不能为知识产权与财产权所解释，只能作为一种独立的商事权利而存在。事实上，也恰恰只有独立存在的商事人格权才能使商主体制度得以健全起来。我们很难想像，商主体作为商事法律人格者却没有相应的人格权，同时，“寄居”于传统人格权名下的各具体商事人格权却“处境尴尬”，无从获得恰当的解释。因此，提出商事人格权概念并在商法典或相关商事立法中予以明确规定，对于完善商主体制度具有非常重要的价值。对此，我们必须解放思想，不能因为传统商法中商事人格权制度的缺失，就断定商法中不应存在原本为完善的商法所不可缺少的商事人格权制度。事实上，法律源生于一个国家或民族在长期的生活实践中形成的习惯，同时又要对经济生活的实践起到现实的指导作用，而不应自我局限于一种先验的或继受于外国立法例的模式。对于产生于商事交易实践的商法而言，这种制度特性或者说规范要求更加明显。并且，众所周知，正因为商法只是对商人习惯法的简单承认——尽管是用立法形式，而缺乏像民法那样的深厚理论积累，在将商法作为民法特别法理念的指导下，从一开始就缺失了许多本应特别规定的基本制度，因而，可谓先天不足。如

① 参见范健主编：《商法》，2版，17页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

果说在近代商法产生之时的 19 世纪，由于商事关系的相对简单，这种矛盾尚不突出的话，那么，在经济生活早已发生了急剧变化的今天，这种法律的不妥当性就显得尤其明显。此外，属于简单商品经济完善法性质的民法，其理论体系实际上早已在发生了并还在发生着的经济生活异变面前显得有些无能为力了。就民事权利体系而言，传统民法将民事权利划分为财产权与人身权，其中财产权又分为物权、债权，人身权则又可分为人格权与身份权，除此之外，还有被认为兼具人身权与财产权属性的知识产权。显然，这种划分已经显示出不完全性了。譬如，长期以来一直作为学界争议焦点的股权及法人财产权性质问题，人格权商业化利用所形成的权利性质问题，就不能在传统民法的理论框架内获得令人信服的解释。对于商事人格权来说，同样如此。实际上，商法中许多问题都已经超出了传统民法的界限，或者说不能在民法理论体系中获得解释。尽管许多民法学家都坚信民法具有巨大的包容性与扩张性，并且在所谓民法商事化的发展趋势下，民法通过自身的不断完善，最终会解决一切理论难题，但是，很明显，随着商品经济的发展，不能为民法体系所包容的商事法律问题日益增多，许多问题依民法理论解释都难免出现理论不周延性的尴尬局面。相反，如果我们能够确立根源于民法又独立于民法的诸如商事人格权等特殊制度，则既解决了民法理论试图解释而事实上又不能解释的理论困境，又使商法制度具备了独立发展的坚实的理论基础。至于说这样做将导致创设一些新概念或改变传统概念的含义，如果因此而不敢创新，则显然是将本应作为思维工具的概念变成了思维的束缚了。毕竟，在法律概念的构成上“必须”考虑到拟借助该法律概念来达到的目的或实现的价值，亦即必须考虑所构成之法律概念是否具备实现所期望之目的或价值的“功能”[①]。并且，任何规定都只对特定的时空具有妥当性。易言之，对特定时空妥当的规范从来都必须依赖生活在该时空的人，因此，应尽力使其得到演进、完善，而不能过于依赖先人或“外国的和尚”。因为对于先人，而且对于外国人所肯定的价值，当代人皆需经历重新认识、承认与沟通的过程，才能使该价值取得当代之社会、文化上的存在基础。[②] 既然如此，我们自然不应在理论上自我“囚禁”，而应从经济生活的实践出发，立足于商法理论的完备，大胆创新，为我国商法同时也为世界商法理论体系的完善作出积极贡献。

① 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，46 页，北京，中国政法大学出版社，2001。

② 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，54 页，北京，中国政法大学出版社，2001。

尤其在我国民法典制定的前夕，科学地确立商法的体系结构，对于科学地架构民法典，从而制定出一部为我国民法学界所企盼的具有国际影响的世纪性民法典，也具有非常重要的理论与实践价值。

前已述及，商事人格权可分为一般商事人格权与具体商事人格权。如果说具体商事人格权除了能够在商法典或相关商事立法中得到规定之外，还能够通过民法人格权制度、反不正当竞争法以及其他相关法律予以规制的话，一般商事人格权的制度价值则难以通过其他法律得以实现。如上所述，一般商事人格权以人格独立与人格平等为内容，而这两项内容既是具体商事人格权的抽象，又是对具体商事人格权的补充，因此确保这两项内容的实现，对于维护商主体的独立法律人格具有非常重要的意义。商主体在生产经营过程中，必然需要独立形成其意志，并独立实践其意志，否则将使其丧失在市场竞争中作为“理性主体”正确判断并实现利润最大化的能力。此外，作为商主体法律人格要素的财产独立必须获得法律保障。具体来说，公司应能够对其“法人财产权”客体——公司全部财产拥有完全的支配与处分权，合伙企业也应当确保合伙财产独立于合伙人个人财产，个人独资企业则应当确保通过商业账簿将其个人与家庭财产严格区分开来。由此可见，尽管不同形态的商主体对财产独立的要求并不相同，但都有此要求，否则，商主体便无从获得其法律人格所必需的物质基础。因此，必须努力排除各种因素对商主体的不当干扰，就我国而言，尤其要注意国有企业或国有控股公司受到事实上大量存在的党政机关及其工作人员的干预与控制，使其作为商主体所必不可少的独立人格受到不良影响甚至趋于扭曲。同时，商主体若丧失其人格平等的法律地位，将使其难以作为正常的市场的竞争者平等地参与市场竞争。其结果使得该商主体利益受到严重损害之外，还将严重损害市场秩序，从而使市场经济制度的功能难以得到正常发挥，最终必然要严重损害整个国家的竞争力。基于此，当商主体的人格独立或人格平等的利益受到损害，又不能根据商号权、商誉权、荣誉权、商业形象权等具体商事人格权得到有效救济之时，就应当依据一般商事人格权予以保护。这就需要以包含了一般商事人格权制度的商事人格权制度来调整了。

五、小结

商法的理论架构问题历来是各国商事立法与商法理论中的难点，在

我国尚显年轻的商法学理论中，对此问题的精深理论研究也是极为匮乏。关于商主体与商行为的研究应该说不乏力作，但其往往停留在依照某个国家的商法体系结构加以描述，或者将各种体例予以一一介绍，最后匆匆得出一个难以令人信服的结论。面对各国差异极大的商法体系结构，尤其是各国商法在实践中的尴尬处境，要提出一个能够适应经济生活发展要求并能够协调各种法律部门之间关系的商法体系结构的设计方案，确实令人踌躇。然而，商法理论的问题越多就越需要我们去努力解决，只有如此，才能指望我国商法从理论到立法全方位的繁荣。这就特别需要我们能够潜心对一系列商法基础理论问题作出精心的研究。就商事人格权而言，实际上只是一个小小的问题，但该问题的解决，对于商主体理论的完善极为重要。而商主体问题无疑乃我国将来制定商法典或商法通则，所不可回避的基本理论问题。此外，商法理论中同样极为重要的商行为问题，亦系商法理论研究中不容回避的根本性问题，需要学界共同关注并投入较大的力量予以深入研讨。

第十一章

商行为

一、引言：问题的提出

近年来，随着民商法与经济法之争的逐渐平息，以及民法典立法工作的逐渐展开，在民商法内部关于民法与商法之间的关系，尤其是关于商法的地位问题，又成为法学界的一大悬而未决的公案。为此，致力于商法研究的学者在关于商法总论以及各具体商法部门方面作出了积极的探索，使得商法作为一个独立的私法部门存在的观念为法学界所普遍接受，即使一些否认商法属于独立于民法的法律部门的民法学家，也承认在传统民法之外还有作为民法特别法的商法存在。商法的理念也逐渐为我国立法与司法界所接受，并在许多法律文件中表现出来。可以说，大家都已经认识到，中国商法制度的建立对于当代中国的经济乃至政治格局的变化都将产生深远影响。① 事实上，民商法之争，不在于商法是否属于独立的法律部门，因为民法学界普遍认为商法属于民法的特别法，而商法学界绝大多数学者也都认为，尽管商法因其特殊性应独立于民法而单独存在，但无论如何商法仍然是作为私法源流的广义民法的特别法，即使对于狭义民法而言，商法也无可避免地要以民法一般制度

① 参见范健：《中国商法的发展与法律继受》，载范健等主编：《中德法律继受与法典编纂》，74页，北京，法律出版社，2000。

作为其补充。[①] 民商法之争的真正焦点乃在于，应否在民法典之外，在单行的诸如公司法、票据法等商事法之上，再制定形式意义上的商法，即商法典或商法通则。对此，民法学界普遍持反对态度，认为商法作为民法的特别法，除了优先适用公司法、票据法等单行法规定之外，直接适用民法一般制度作为补充即可。商法学界则普遍认为，基于商法的特殊性，应制定商法典或商法通则，以作为各单行商事法的统帅，从而使商法理论体系趋于完善。民商法学界著名专家江平教授则认为，认识民法与商法的关系必须坚持两点论：其一为民商融合是趋势；其二为民商仍有划分的必要。就立法体例而言，江教授并不主张将已经颁布的诸如公司法、票据法、海商法、保险法等单行商事法律再统一到一部商法典中，而认为应让其依然单独存在。就商法总则而言，江教授认为有两种模式可以选择，其一为在民法典中规定，完全实行民商合一；其二为在民法典之外另立一部商法通则，依照当初《民法通则》的模式，将有关商事总则的内容加以规定。在个人态度上，江教授明确表示采取第二种模式更为简便可行，如把它们放在民法典中会显得过分累赘，不能突出商法的特征。[②]

实际上，在大陆法系，无论是采民商合一还是民商分立立法例的国家或地区，绝大多数学者都认为商法作为独立于民法的特别法，应是毫无疑义的。即使是民法学家，也基本上一概承认这种观点。譬如，德国学者认为，《德国商法典》中的许多规定，只有根据《德国民法典》所确立的一般性原则才能理解；而《德国商法典》的作用就是对这些一般性原则加以变更、补充或排除。[③] 葡萄牙学者认为，商业上的需要，如加强信贷、快捷及简易地完成法律行为、保护善意、方便有价物流通等均使商法具有特殊性。基于这些需要，或者更确切地说，从商业对这些需要的不同程度的接纳，便产生了与民法相对的特别规范即商法。[④]

对于既无民法传统又无商法传统的我国而言，在法律现代化过程

---

① 参见范健：《二十世纪世界商法之进展》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》，1992（4）。

② 参见江平：《民法典：建设社会主义法治国家的基础——专家学者谈中国民法典的制定》，载《法律科学》，1998（3）。

③ 参见［德］罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞著，楚建译：《德国民商法导论》，239页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

④ 参见［葡］Paolo Mota Pinto著，澳门翻译公司译：《民法总论》，13页，澳门，法律翻译办公室、澳门大学法学院出版，1999。

中，曾在形式上采取了民商分立的立法例，但随着1929年《中华民国民法典》以及随后的单行商事法律的制定，又转而采行了民商合一的立法例。新中国成立后，随着“六法全书”的废除，尤其是我国全面推行公有制下的计划经济制度，我国民商法尤其是商法的经济基础全面缺失，立法上也无从反映，民法与商法之间的关系自然也就无从谈起了。但是，随着改革开放的深入，尤其是市场经济体制的全面建设，民法与商法的经济基础得以恢复，在立法上也取得了显著成就，于是民法与商法的关系之争又成为民商法学界的热点问题，受到了广泛关注。[①] 尽管是否应制定形式意义上的商法至今仍无定论，但是，我们认为，在这些不乏学科偏见的各种观点面前，我们真正需要的不是热热闹闹的争论，而是以负责任的态度理性地审视新形式下我国以及世界民法与商法各自的适应性，以确定民法与商法合理的立法模式。这就需要我们以一种超脱于学科门第之见并超然于各国现有的立法体例的“学术理性”，对民法与商法的制度与理论体系予以全面检讨。

作为一个独立的法律部门，应当有其统一的主体制度、法律行为制度、权利体系和法律保护机制等统一规则，并构成统一严密的有机整体。因此，要对商法的独立性问题作出结论，首先就必须对这些问题予以正面回答，在理论层面上深入挖掘，认真探讨，最终得出科学结论。不去着力于解决这些问题，而奢谈商法的地位与立法模式，既无意义，也是一种不负责任的学术态度。基于此，我们一贯主张应加强商法基础理论的专题性研究。为此，我们在对商主体及商事人格权问题予以专题研究之后，在此对商行为问题并予以专题研究，以期对我国商法理论体系的构建尽绵薄之力。

应该说商法学界一贯对商行为高度重视，在构建商法理论体系时，无不将商行为作为一项与商主体并列甚至更为重要的核心制度予以研究。在商法概念上，一般认为，商法是指调整商事交易主体在其商行为中所形成的法律关系，即商事关系的法律规范的总称。[②] 显然，也是将商行为作为明显重要于商主体的核心制度予以规制的。然而，令人遗憾的是，综观各种商法文献，尽管不乏对商行为制度作出精辟论述者，但针对商行为自身的理论体系、商行为与民事法律行为之间的关系、商行

① 参见范健：《略论中国商法的时代价值》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》，2002（3）。

② 参见范健主编：《商法》，2版，5页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

为立法模式的选择，以及商行为之于商法理论体系构建的制度价值等至关重要的问题，还严重缺乏深入而细致的个别考察与系统化研究。这一缺憾使得商法理论框架与具有历史更为悠久、理论根基更为深厚的民法理论框架相比，显得极为单薄。与同样处于商法理论核心的商主体制度相比，商行为制度的理论与实践价值明显更为突出，但是，在抽象商行为制度的研究上，却明显滞后于商主体制度。因此，为使商法理论体系早日确立，使得商法立法模式不至于迄今还成为悬案，加强商行为尤其是抽象商行为的研究就成为商法学界极为迫切而重要的任务。

二、商行为的法律界定

（一）商行为内涵的法律界定

1. 商行为的概念

商主体在各国立法与学理上是以商人、市场主体、交易主体、商事主体、商主体等多种称谓存在，商行为的称谓则较为统一，除少数国家或地区立法中称为交易行为或商业行为外，基本上在立法与学理上都称之为商行为。但是，关于商行为的确切含义，在立法与学理上却具有多种界定方法。

以法国为代表的客观主义主张按法律行为的客观内容来认定其行为是否属于商业性质，如原《法国商法典》第632、633条（这两个条文已不见于现行《法国商法典》）对商行为作出了详尽规定：判定法律行为是否属于商行为，应根据其内容和形式，而不管其是否由商人所实施。[①] 不过，有人认为，这种以商品交易与金钱交易为基础的商行为的提法是陈旧的。因此，几经修订后的最新版《法国商法典》中已经找不到这一条款了。[②] 但不管怎样，法国商法实践仍坚持了法律限制极为宽松的理念。如有法国学者认为，商行为是“任何主体以营利为目的的活动”，还有学者认为，“商行为是通过商业合同所进行的业务活动”[③]。

---

① 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，382页，北京，北京大学出版社，2000。

② 参见金邦贵译：《法国商法典》，北京，中国法制出版社，2000。

③ 上海社科院法学所编译：《各国宪政制度和民商法要览》（欧洲部分）（下），199页，北京，法律出版社，1986。

可见，法国在以任何人均有权从事商行为为指导思想的情况下，实际上只以营利性为商行为的实质性要素。

以德国为代表的主观主义主张只有商人双方或一方参加的法律行为才属于商行为。在德国法律中，商行为是一个法定概念。《德国商法典》第 343 条规定："商行为是指属于经营商人的营业的一切行为。"[①] 这一概念至少包含了三个层次的含义：第一，商行为是一种行为，该行为同一定的法律规范相联系、受法律规范调整，其性质由法律所确定，属于法律行为的一种；第二，商行为是商人所为的行为，与商人这一特定身份相关，非商人不得从事商行为；第三，商行为是商人在商事经营中所为的行为，具有商事经营这一特定的经营属性，非商事经营中的行为，即使由商人所为，也不属于商行为。据此，"行为"、"商人"、"经营属性"是德国商法中商行为概念的基本要素。[②]《澳门商法典》第 3 条第 1 款规定："商行为系指：a）法律根据商业企业之需要而特别规范之行为，尤其本法典所规范之行为，以及类似行为；b）因经营商业企业而作出之行为。"[③] 1942 年《意大利民法典》采行的是民商合一的体例，但该法还是包含了大量商法规范。从该法第 2082 条的规定中，可以看出，商行为指的是企业主"以生产、交换，或者提供服务为目的的、从事有组织的职业经济活动"[④]。显然，澳门与意大利法中的商行为乃指由企业实施的行为。

以日本为代表的为多数大陆法系国家或地区所采行的折衷主义，则对商行为概念的概括，不同程度地采取了主观与客观双重标准。这样，商行为的概念既包括任何主体从事的营利性营业行为，即客观商行为；也包括商主体从事的任何营业性活动，即主观商行为。《日本商法典》第 501、502 条分别对任何主体基于任何目的而从事的"绝对的商行为"与商主体基于营利性营业目的而从事的"营业的商行为"作了详细的列举式规定，同时又在第 503 条就"附属的商行为"规定："（一）商人为其营业实施的行为，为商行为。（二）商人的行为推定为为其营业实施的行为。"[⑤]《韩国商法》也作了类似规定。该法第 46 条对以营业为目

① 范健：《德国商法典》，载《中德经济法研究所年刊》（第 7 卷），南京大学出版社，1998。

② 参见范健：《德国商行为法探微》，载《现代法学》，1994（1）。

③ 赵秉志总编：《澳门商法典》，16 页，北京，中国人民大学出版社，1999。

④ 费安玲、丁枚译：《意大利民法典》，519 页，北京，中国政法大学出版社，1997。

⑤ 王书江、殷建平译：《日本商法典》，153～154 页，北京，中国法制出版社，2000。

的进行的"基本的商行为"作了多达21项的详细列举，同时在第47条就"辅助性商行为"规定："1. 将商人为营业而进行的行为，视为商行为。2. 将商人的行为，推定为是为了营业而进行的行为。"①

采民商合一立法例的我国台湾地区"商业登记法"将商行为称为商业，并认为商业乃指独资或合伙经营各种业务之营利事业。② 台湾学者张国键认为："商行为，系与民事行为对立，商行为须受商法法典及其特别法、习惯法支配……并以营利为目的，及与其有关之一切行为而言。"③《瑞士债务法》规定：凡经营商业、工厂或其他依商人之方法作为营业，而进行登记的，也视为商业。④

通过上述立法例与学理上的考察，我们可以清晰地看到，在大陆法系，无论采民商分立还是民商合一的立法例，基本上都注重对作为法律行为下位概念的商行为予以抽象的概括。以经验主义为原则的英美法系则不重视对商行为作概念上的抽象。如《美国统一商法典》对各种商业交易行为作了详细规定，但并无一个概括性的描述。不过，我们认为，可以根据该法规定推定，美国商法中商行为是指商人所实施的商业交易行为。

在我国，由于没有商法典或类似形式意义上的商法，商行为并非法定概念。长期以来，人们往往用民事法律行为来代替商行为，未将商行为与一般民事法律行为予以区分。近年来，随着商法学研究的繁荣，商法学文献中逐渐较多地使用了商行为这一概念。尽管关于商行为的概念界定并不统一，但多数学者认为，商行为是指商主体所从事的以营利为目的的经营行为。⑤ 显然，这一概念接近大陆法系以商主体为规范中心的主观主义立法例所使用的商行为概念。然而，当我们站在为我国商法的健康发展而作理论探索的特定高度时，真正要思考的不是支持这种观点的人有多少，而是这一处于商法核心地位的概念的界定是否科学、可行。这一问题的实质就在于，除了商主体所从事的行为当然属于商行为外，商主体之外的一般民事主体能否成为商行为的主体，从而受到商法

① 吴日焕译：《韩国商法》，12～13页，北京，中国政法大学出版社，1999。
② 参见刘清波：《商事法》，13页，台北，台湾商务印书馆，1995。
③ 张国键：《商事法论》（修订版），6～7页，台北，台湾三民书局，1980。
④ 转引自李功国：《商人精神与商法》，载王保树主编：《商事法论集》，第2卷，9页，北京，法律出版社，1997。
⑤ 参见范健主编：《商法》，2版，49页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002。

的调整？这对于一个国家商法的定位关系重大，非三言两语所能胜任，因此，我们将在下文专门论述，此处不赘。

2. 商行为的特征

商行为作为一种特殊的民事法律行为，既具有民事法律行为的共性，又有其自身的特征。概括分析各国商法立法以及一般商法理论，可以认为，商行为与一般民事法律行为相比，表现出以下特征：

（1）商行为是以营利为目的的法律行为

商行为本质上为市场行为，其根本目标乃在于实现利润最大化，此即其营利性。值得注意的是，商行为作为一种以营利为目的的行为，着眼点在于行为的目标，而不在于行为的最终结果。至于最后是否实现了营利或者能否营利，在商行为的判定上是在所不问的。因此，从理论上看，商行为属于推定法律行为，在商法实践中也往往要借助于法律推定规则。许多国家的立法中就明确规定，只要是商主体实施的行为，就可推定为为其营业实施的行为，从而成为商行为。上文述及的《日本商法典》第 503 条以及《韩国商法》第 47 条即对此作了明确规定。

需要说明的是，有人认为，“商行为是法律行为和事实行为的总和，但以法律行为为主。”其依据便是，许多应归入商行为范畴的法律行为却未被商法所确认，因而属于事实上的商行为，即事实行为性质的商行为。[①] 应当说，这纯属对法律行为与事实行为含义的误解。法律行为并非指为法律所明确规定的“法定行为”，而是指以意思表示为要素，依意思表示的内容而发生一定私法上效果的行为。[②] 事实行为也并非指超越法律规定而事实上存在的行为，而是指行为人不具有设立、变更或消灭民事法律关系的意思，但依照法律规定能产生相应法律后果的行为。因此，商行为均属法律行为当无疑义。

（2）商行为是经营性（营业性）行为

这种经营性也被称为营业性。所谓经营性是指营利行为的连续性和不间断性，它表明商主体至少在一段时间内连续不间断地从事某种同一性质的营利活动，因而是一种职业性营利行为。因此，“偶然所为之营利行为，不得称为营业”。而所谓连续不间断，“并无一定期间之限制，如展览会中之临时商店，亦一种商业”[③]。由于经营性活动是一种重复

① 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，386 页，北京，北京大学出版社，2000。

② 参见施启扬：《民法总则》，196 页，台北，台湾三民书局，1996。

③ 刘清波：《商事法》，14 页，台北，台湾商务印书馆，1995。

的、经常性的活动，已被纳入了国家专门管理的范围，因此，与商事登记密切相关，即履行了商事登记的行为可以推定为商行为。

（3）商行为一般是商主体所从事的行为

从各国商事立法的情况来看，往往规定商主体即以商行为为业者，而商行为即商主体所实施的营业行为，表现出互为因果的关系。不过，在以法国为代表的客观主义立法例，商行为并无特定的主体限制，一般民事主体皆可成为商行为的实施者即商主体；在以日本为代表的折衷主义立法例，商主体所实施的行为固然属于或可推定为商行为，任何主体基于任何目的而从事的“绝对的商行为”亦属于当然的商行为。这样，商行为与商主体之间的关系并非严格意义上的互为因果了。但是，从法律行为的本质考察，任何法律行为都是特定主体所从事的行为，主体的行为能力对于行为的有效性起着决定性的作用，因此，从这个意义上说，商行为是具有商事行为能力的商主体所从事的行为。也正是基于此，一些国家尤其是德国商法系国家或地区法律明确规定，只有商主体所从事的行为才能成为商行为，非商主体从事的行为则一概不能认定为商行为。需要说明的是，对于独资或个体商主体而言，只有企业主（投资者）以商主体的名义（商号）实施的行为才能认定为商行为，其为非经营性的私事（如买书为自己阅读）所实施的行为则不能认定为商行为。

（4）商行为是体现商事交易特点的行为

商行为也往往被称为市场行为、交易行为或市场交易行为，系以商事交易为内容的法律行为，较为清晰地表现出商事交易的一些重要特点。其一，商行为具有较高的技术性。商事交易尤其是票据行为、保险行为等不仅要求行为人熟悉法律规定，而且要精通操作技术，严格依照相应规范活动。其二，商行为强调公开性。商主体在经营过程中往往会形成其特有的商业秘密，必然需要通过一定措施确保商业秘密不致泄露。然而，商事交易行为会直接影响到交易相对人甚至社会公众的利益，因此，为维护交易安全，必须以一定的方式使交易相对人或社会公众获得交易对方的情况、交易的内容等相关信息。为此，往往设立强制性法律规范，如商事登记制度、商事年检制度、上市公司信息披露制度等，以确保行为的公开性。其三，商行为注重商事效率与外观主义。商行为要求简便、迅捷，因而往往确立交易形态定型化的行为范式，并采取短期消灭时效（诉讼时效）原则。与民法中强调行为人的真实意思表示不同，商行为特别注重外观主义，以维护交易安全。

(二) 商行为外延的法律界定

商行为作为商法上法律行为的抽象概念，必然要分解成一系列的具体商行为才能确定其确切含义，并且，也只有通过具体商行为的个别规范，才能有效地调整商事法律关系。由于学理上的区分往往对确切了解其含义具有重要意义，因此，我们在此仍然基于各国商法的规定，将各种存在的商行为予以简单提示，以期藉此为我国商行为立法模式的选择提供一些有益的借鉴。当然，我们在此只是就抽象商行为的具体分类予以分析，关于商行为的具体构成（如买卖、居间、行纪、运输等）的含义并不论及。关于商行为的分类，学者们的观点不尽相同，不过，根据多数学者的共同认识，可以认为商行为主要分为以下几种类型。[①]

1. 绝对商行为与相对商行为

绝对商行为，又称客观商行为，它是指依照行为的客观性和法律的规定，无论行为人是否为商主体，也不论是否以营业的方式去进行，而都必然认定为商行为。它具有客观绝对性、法律确定性与事实推定性的特点。[②] 如《日本商法典》第 501 条即以“绝对的商行为”为题，将 4 种行为确定为绝对商行为。绝对商行为通常由法律限定列举，不得作法律上的推定解释。在许多国家，票据行为、证券交易行为、融资租赁行为、保险行为、海商行为等均属绝对商行为。

相对商行为，又称主观商行为、营业的商行为，它是指在法律所列举的范围内，仅由商主体实施或仅基于营利性营业目的实施时方可认定为商行为的行为。相对商行为在不同国家仍有不同含义。它可能是在法律列举的范围内，由商主体实施者方可认定商行为的行为（主观商行为）；也可能是以营利性营业目的实施时即可认定为商行为的行为（营业的商行为）；还可能是仅由商主体以营利性营业目的实施方可构成商行为的行为。相对商行为的基本特征在于其性质具有相对性或条件性。

① 参见范健主编：《商法》，2 版，51～57 页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002；任先行、周林彬：《比较商法导论》，386～390 页，北京，北京大学出版社，2000；赵万一：《商法基本问题研究》，320～323 页，北京，法律出版社，2002。

② 参见［日］户田修三、中村真澄编：《商法总则·商行为法》，28 页，日本，青林书院，1993。

若行为主体或行为目的不符合法定条件，则该行为只构成一般民事法律行为，因而只能适用民法的一般规定。如《日本商法典》第 502 条即以“营业的商行为”为题，将 12 种行为确定为相对商行为。

2. 单方商行为与双方商行为

单方商行为是指行为人一方是商主体而另一方不是商主体所从事的行为。学理上又称之为混合交易的行为。销售商与消费者之间的买卖行为，银行与储户之间的存款行为等均属此类。关于单方商行为的法律适用，各国商法的规定不尽相同。大陆法系国家商法通常规定，只要行为人中有一方是商主体，则交易双方都应适用商法。如《德国商法典》第 345 条规定：“对于双方中有一方为商行为的法律行为，对双方均适用关于商行为的规定。”《日本商法典》第 3 条、《韩国商法》第 3 条也有类似规定。英美法系国家商法则规定，若行为人中只有一方是商人，则该商人适用商法，作为另一方的非商人不适用商法。

双方商行为是指当事人双方都作为商主体而从事的行为。实际上，双方商行为只是学理上对应于单方商行为而提出的概念，立法上是不必特别规定的，因为这类行为显然应适用商法。关于其法律性质与法律适用，各国理论与实践中并无争议。

3. 基本商行为与辅助商行为

基本商行为是指直接从事营利性营业行为的商行为。实际上，所谓基本商行为乃对绝对商行为与相对商行为的总称，因其系构成商主体与商行为概念的基础，故谓之。《韩国商法》在未对绝对商行为与相对商行为作规定的情况下，在“商行为”编的首条即第 46 条以“基本商行为”为题，将 21 种行为界定为基本商行为。传统商法学者多强调基本商行为在内容上以商品交易为基础的“直接媒介商品交易”的属性，故称之为“买卖商行为”或“固有商行为”[①]。不过，随着现代经济的发展，基本商行为的概念得到了明显的扩大，如旅馆、饭店、娱乐业本属间接为商品交易服务的，也视为基本商行为。

辅助商行为又称附属商行为，是基本商行为的对称，它是指行为本身并不能直接达到商主体所要达到的营业目的，但可以对基本商行为的

① 任先行、周林彬：《比较商法导论》，388 页，北京，北京大学出版社，2000。需要说明的是，此处所谓“固有商行为”是就“固有商”即第一性商而言，指的是固有商意义上所实施的行为，与完全商行为意义上的“固有商行为”并不相同。因此，鉴于这一表述容易引起误解，我们认为不宜使用。

实现起辅助作用的行为。如货物运输、仓储保管、加工包装及其他服务活动与商品买卖这一基本商行为相比就是辅助商行为。在现代商事企业中，多数是一业为主多种经营，因而往往都是基本商行为与辅助商行为相结合。同时，还应注意辅助商行为的相对性。如运输在旅馆业中属于辅助商行为，但在运输企业则又属于基本商行为。

4. 固有商行为与推定商行为

固有商行为又称为完全商行为，它是指商主体所实施的营利性行为或经商法典列举非由商主体实施亦可认定的商行为。在商法基本规范健全的情况下，对于商行为的认定都可直接依据法律的规定。上述绝对商行为与相对商行为都属于固有商行为。

推定商行为又称为准商行为，它是指不能直接根据商法规定加以认定，而必须依据商法的规定或通过事实推定的方法方可确认为其性质的商行为。例如，非商主体以营利为目的而从事的咨询服务、信息服务等活动均属之。推定商行为往往与商主体的营利性营业行为具有间接的联系，通常包括商主体通过非商主体所为的行为。此外，在民商分立情况下，民事公司（合伙）本不属于商主体，其为自身本来的事业而从事的活动，并不属于商行为，但若系为营业而实施的行为，则被推定为商行为，适用有关商行为的规定，并且该民事公司（合伙）也被视为商主体。①

三、商行为的立法模式考察

（一）商行为的独立性考察

商法学界按照传统的分类将商法主要内容分成商行为法和商主体法，无疑这是以肯定商行为与商主体的独立性为前提的。然而许多传统民法学者不仅否认商主体的独立性，也坚决否认商行为的独立性。那么商行为的独立性究竟如何呢？实际上，通过上述商行为特征的分析，我们已经能够清楚地判断出，商行为明显不同于一般民事行为，理应以特

① 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，390页，北京，北京大学出版社，2000。

殊的规范特殊规制。应该说，在诸如票据、证券、保险、海商等商行为问题上，因其需要以特定的知识、技术以及规范实施，即使是主张民商合一立法例者也认为应当在民法典之外单独立法。但是，是否应在一般民事法律行为之外、这些具体商行为之上再抽象出一个商行为的一般规定来，则有不同认识。多数民法学者认为此举纯属多余，而商法学界则公认为应当规定一般商行为概念，并对其具体构成、判断标准、特殊适用规则予以明确规定。为解决这一问题，将商行为与民事法律行为予以比较，看看商行为是否能为一般民事法律行为所包涵，才能作出令人信服的判断。

18世纪后半期，启蒙时期自然法的抽象化、一般化倾向与德意志观念论的所谓体系思考，以及支持产业革命的自由主义、个人主义等思潮相结合，德国学者在契约、婚约、遗嘱等概念的基础之上，抽象出了法律行为概念。① 法律行为作为法技术的构造物，对于大陆法系私法的体系化起着十分重要的作用。它充当了每个权利主体自我安排其法律关系的一种手段，是实现意志独立或私法自治原则的主要工具。② 而私法自治的意义就在于，法律给个人提供一种法律上的“权力手段”，并以此实现个人的意思。也就是说，私法自治给个人提供一种受法律保护的自由，使个人获得自主决定的可能性。③ 可以说近代民法所有的基本原则（包含私法自治原则）和基本制度（包含法律行为制度），都是奠基于民事主体具有平等性和可互换性这两个基本判断之上的。正因为民事主体具有平等性和可互换性，国家才能够采取放任的态度，允许其根据自己的自由意思，通过平等协商，决定其权利义务关系。他们所订立的契约被视为具有相当于法律的效力，不仅作为其行使权利和履行义务的标准，而且还作为法院裁判的依据。这就是所谓私法自治原则与法律行为制度。④ 然而从19世纪开始，人类经济生活发生了深刻的变化，事实上作为近代民法基础的两个基本判断（平等性与互换性）已经丧失，从而使得诸如私法自治与法律行为的基本原则与基本制度赖以存在的基

① 参见梁慧星：《民法总论》，152页，北京，法律出版社，1996。

② 参见［葡］Paolo Mota Pinto著，澳门翻译公司译：《民法总论》，211页，澳门，法律翻译办公室、澳门大学法学院出版，1999。

③ 参见［德］迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译：《德国民法总论》，143页，北京，法律出版社，2000。

④ 参见梁慧星：《从近代民法到现代民法》，载梁慧星主编：《民商法论丛》，第7卷，234页，北京，法律出版社，1997。

础受到动摇。因此，现代民法作出了许多变革，使其能够适应经济生活发展的需要，此即所谓“民法日益商事化”的现象。应该说，经过变革以后的民法即商事化后的民法确实具有更强的生命力和适应性，而不可能变成商法。[①] 这一结论当然毫无疑问，因为民法所调整的一般民事主体之间的财产关系与人身关系，无论如何都不可能成为商法的调整对象。但是，只要民法还保持其个性，不管怎样商法化，都会不可避免地表现出对商事法律关系的不适应性。对商行为来说，尤其明显。我们可以设想一下，如果不是将法律行为仅仅作为商行为的上位概念，而是要用法律行为取代商行为，会出现什么样的后果。

在缺失商行为这一抽象概念的情况下，除了法律对具体行为（如票据行为）作了特别规定外，商行为就只能适用法律行为的一般规定了。法律行为系以意思表示为要素而发生相应私法上效果之行为。由于往往出现表示与真意不一致的现象，因此就有意思主义与表示主义的确定问题。近代民法受交易安全思想的影响，在意思表示效力的论断上，虽已由意思主义迈向表示主义，但是民法既然立足于所有权绝对与当事人自治之原则，那么在形成私法关系时，自然不能完全无视当事人的意思，因此，关于意思表示效力的论断，就只有采取折衷主义了。[②] 这样，尽管不完全以当事人的真意为法律行为效力判断的依据，但是，若表示与真意出现不一致，在民法上，意思主义的态度与表示主义的态度就会相互交错。譬如，在传统民法上，关于表意人明知其意思与表示不一致的单独之虚伪表示（心中保留）与通谋之虚伪表示的效力判断上，对于前者，虽认可其法律效力，“但其情形，为相对人所明知者，不在此限”；对于后者，“对当事人间之效力，其意思表示无效”，但“不得以其无效对抗善意第三人”。而在错误发生时，“表意人得撤销其错误之意思表示”[③]。显然，这些基于折衷主义的意思表示的效力判断，还是在很大程度上考虑到了表意人的真实意思，并以此改变其表示出来的所谓不真实的意思的法律效力。为体现对交易安全的有效维护，商行为采严格的外观主义，一般并不考虑商主体的所谓真实意思。[④] 以百货商店将商品

---

① 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996（5）。

② 参见［日］四宫和夫著，唐晖、钱梦珊译：《日本民法总则》，165页，台北，五南图书出版公司，1995。

③ 武忆舟：《民法总则》，291～294页，台北，台湾三民书局，1985。

④ 参见［日］上柳克郎等编：《商法总则·商行为法》，58页，东京，日本有斐阁，1993。

价格错误地标得过低为例，若无商行为的特殊规则，依民法或合同法之规定，百货商店得以错误（在我国称为重大误解）为由请求撤销该合同；在存在形式意义上商法的情况下，依商行为外观主义的原则，则不应赋予百货商店以请求撤销该合同的权利，否则将有违实质上的公平原则。

与民法上同类性质行为的效力判断相比较，具体商行为表现出明显的严格性。根据《德国民法典》第766、780、781条的规定，保证合同、债务约定与债务承认只有以书面形式作出方为有效[①]；而《德国商法典》第350条则规定："只要担保人的担保、债务人的债务约定或债务人的债务承认是一种商行为，那么担保、债务约定或债务之承认不再适用《民法典》第776条第1款、780条、781条第1款的形式规定。"[②]也就是说，口头的保证、债务约定或债务承认，当保证在保证人一方、约定在债务人一方为商行为时，仍然具有法律效力。此外，德国民法规定，报酬请求权之成立必须基于双方当事人相应的约定；而商事给付的报酬请求权之成立则不以交易双方当事人之间事先的约定为必要条件，这是商行为履行效力的一个重要特点。[③] 在违约金方面，德国商法也从商行为的特点出发，对商事交易中的违约责任作了一些特殊规定，使得商人在违约金的数额确定和作为债务人而受到的保护方面，明显不及于一般民事主体。[④]

商法还在某些方面改变了契约法的一般原则。作为一般原则，契约的成立必须经过要约和承诺，如果受要约人未对要约作出明示的或默示的承诺，契约就不能成立。但是，根据《德国商法典》第362条的规定，如果受要约人是商人，而其业务涉及对他人事务的管理，那么在其不打算接受要约时，必须作出明确的表示，否则，对要约的沉默将构成承诺。据此，如果一个客户指示其经纪人买进某种证券，而经纪人既未答复也未买进，那么该经纪人就要对此承担契约上的责任。并且，本来只是在例外情况下沉默方可构成对要约的承诺的理论，被法院扩大适用于其他的一些情况。[⑤]

---

① 参见郑冲、贾红梅译：《德国民法典》，183、187页，北京，法律出版社，1999。

② 范健译：《德国商法典》，载《中德经济法研究所年刊》（第7卷），201页，南京，南京大学出版社，1998。

③ 参见范健：《德国商法》，246、247页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

④ 参见范健：《德国商法》，251页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

⑤ 参见［德］罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞著，楚建译：《德国民商法导论》，237页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

在动产的善意取得方面，根据《德国商法典》第 366 条之规定，那些知道出卖人并非所有人，但善意地相信出卖人有权代表所有权人处分物品的善意买受人，也应受到保护。根据《德国商法典》第 366、367 条之规定，当商人质押动产或某些有价证券时，也适用同样的规则。德国商法中所规定的留置权与民法中所规定的留置权也有着一定的差异。商法中留置权的形成与留置权的效力与民法中的规定相比，涉及的范围要广些：民法中规定留置权之形成，必须基于同一法律关系，而商法中则规定，除了基于这种同一法律关系外，只要具备一定的前提条件，商人同样可以获得一种留置权；民法中所规定的留置权的权限仅仅为拒绝给付权，商法中留置权的权限，则除此之外，还包括一种类似于质权的清偿权。①

最后，还有一项特殊的商法规则值得一提，这就是商行为的短期时效制度。由于商事交易总是反复进行，势必要求迅速了结，因此，在立法上多采取短期时效制度，以满足交易敏捷的要求。在中世纪的欧洲，即已建立了以简易的程序迅速地实施法律、处理问题的“灰脚法院”②。现代商法更是注重通过时效制度促进商事交易便捷。譬如，各国商法对于商事契约的违约求偿权多适用 2 年以内的短期消灭时效。③

综上所述，我们可以肯定地作出判断：尽管商行为仍以法律行为为其制度基础，但由于商行为所具有的不能为一般法律行为制度所包含的特殊性，只能在一般法律行为之外，再设立商行为制度（既包括抽象的商行为又包括具体的商行为），方能科学地调整基于商行为而发生的商事法律关系。

（二）商行为立法模式立法例考察

为进一步考察商行为独立立法的制度价值，我们特对大陆法系主要国家或地区的商行为立法模式予以考察，一则借此发现一些规律并权衡其利弊，二则为我国商行为的制度构建提供一些有益的借鉴。

1. 法国立法例考察

在法国商法中，尽管采客观主义例，即以商行为为中心并规定：从

① 参见范健：《德国商法》，225 页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

② 范健：《商法探源》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学版）》，1991（4）。

③ 参见赵万一：《商法基本问题研究》，65 页，北京，法律出版社，2002。

事商行为并以其为经常性职业者，为商人，但是现行商法典却没有商行为的概念界定，只是在该法第 7 编即第 109 条（仅此一条）规定："对于商人，商行为得以一切方式予以证明，但法律另有规定的除外。"① 因此，关于商行为的判定，就只能在司法实践中由法官根据法理加以确定了。不过，原《法国商法典》第 632 条（现行法典中已经不存在该条文）则对商行为作了界定。但商行为不是以其内容来界定，而是以其形式来界定的。

法国学者认为这种提法是陈旧的，实际上，其对于商事法律关系的确定和调整都没什么意义。② 并且，由于该规定已经失去法律效力，因此，我们已无必要对其学理性的认识予以考察。

2. 德国立法例考察

《德国商法典》以第 4 编（第 343～475e 条）对商行为作了详细的规定。其中，又在属于通则性质的名为"一般规定"的第一章，以 30 个条款的篇幅对商行为的一般理论作了较为详细的规定。随后，又在第 2、3、4、5、6 章分别规定了商业买卖、行纪营业、货运营业、运输代理营业以及仓库营业。这样，在商行为法方面，《德国商法典》既有了涵括商法概念、种类、商法上债权行为、商法上物权行为、关于交互计算及其他商行为中特殊规定的商行为法的一般规定，又使得商业买卖、商事行纪、商事运输代理、商事仓储、商事货运以及商事票据与商事银行等具体商行为制度得到了具体规范。这使得商法在行为法范畴的体系得以构建起来。③

但是，需要说明的是，立法者在制定商法典时，并未打算在商事领域制定出一部与民法相对立而自成体系的完全独立的法律，只是考虑到商法的特殊性，才在作为私法基础的民法典之外，单独制定了商法典。就《德国商法典》的具体内容来说，其作用就在于作为普通私法的替代规范与补充规范或特别形式的规范。④ 德国学者公认为，在所有德国法典中，最博大精深的当首推《德国民法典》。由于民法典乃私法之基本法，《德国商法典》中的许多规定，只有根据《德国民法典》所确立的一般性原则才能理解；而《德国商法典》的作用就在于对这些一般性的

---

① 金邦贵译：《法国商法典》，45 页，北京，中国法制出版社，2000。

② 参见沈达明编著：《法国商法引论》，13 页，北京，对外经济贸易大学出版社，2001。

③ 参见范健：《德国商法与德国商法典—— 德国商法中的几个理论问题探析》，载《中德经济法研究所年刊》（1991 年），154～155 页，南京，南京大学出版社，1992。

④ 参见范健：《德国商法》，17 页，北京，中国大百科全书出版社，1993。

原则加以变更、补充或排除。[①] 正因为如此，《德国商法典》中关于买卖契约的规定非常简单（共计 9 个条款），买卖双方当事人之间的权利和义务，除商法有特别规定外，原则上概由《德国民法典》（第 433 条以下）调整。《德国商法典》第 377、378 条就购买货物的商人对于货物的差错和瑕疵负即时地通知出卖人的义务作了明确规定，但是，这一商法规则仍然必须与民法中关于出卖人的瑕疵责任的规定（《德国民法典》第 459 条以下）结合起来考虑，才能得到正确的适用。同样道理，只有在了解了《德国民法典》物权编中关于从非所有人处取得动产的有关规定（《德国民法典》第 932 条以下）后，《德国商法典》第 366 条关于动产的善意取得的规定才能获得真正的执行。但是，对于一些特殊的契约，如行纪契约等，《德国商法典》却作出了详尽的规定，因此，我们应将其视为完全不同的制度。

但是，尽管如此，我们可以肯定，在德国法律体系中，商法只是一般私法中的一个特殊的组成部分，不能仅仅从商法规范本身来理解和适用商法。对于商行为来说，当然也只是一般民事法律行为的一个特殊的组成部分，不能仅仅从商行为规范本身来理解和适用商行为制度。我们只要看一看《德国民法典》中关于法律行为（广义的，含总则部分与物权、债权部分相关内容）的规定与《德国商法典》关于商行为的规定的条款数量，就会发现，调整较之于民事法律关系复杂得多的商事法律关系的商行为规范，也不可能完全脱离民事法律行为规范而绝对独立存在。除此之外，需要强调的是，与民法中关于法律行为的规范并不对法律行为的内涵与外延作出界定不同，《德国商法典》商行为编中第 343、344、345 条明确界定了商行为的含义，并对相对商行为的认定、单方商行为的法律适用作出了规定。这一点在商法中具有非常重要的意义，因为只有对商行为作出了清晰的认定，才能就某一具体法律关系准确地判断应适用民法还是商法，从而使同为私法支柱的民法与商法得以界分。

3. 日本立法例考察

与《德国商法典》之商行为规范相比，《日本商法典》关于商行为的规定显得更为详尽。应当说，日本商法是历经多次修订才使其不断完

① 参见［德］罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞著，楚建译：《德国民商法导论》，63、239 页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

备的，但商行为编却例外地自1899年制定以来未经明显修订而沿用至今[①]，可见商行为规范表现出了较高的立法水平。《日本商法典》制定时，主要借鉴的是《德国商法典》，并且与同样系借鉴《德国民法典》的《日本民法典》几乎同时制定，因此，在立法指导思想上，日本也与德国一样，是将商法作为独立于民法但又以民法为一般法的特别私法。这样，尽管《日本商法典》在题为"商行为"的第3编，以183个条款（第501～683条）对商行为的总则与买卖、交互计算、隐名合伙、居间营业、行纪营业、承揽运输业、运输营业、寄托、保险等具体商行为规则作了较为完备的规定，但是，除了系对一般民事法律行为予以变更的规定外，商行为制度的理解与适用仍然不可避免地要以民法中的相关规定作为指导与补充。这一点与《德国商法典》之于《德国民法典》的关系大抵相当。

值得注意的是，《日本商法典》在规定商行为的第3编中以第4章专门规定了隐名合伙制度。此外，《日本民法典》在题为"债权"的第3编的题为"契约"的第2章以题为"合伙"的第12节专门规定了合伙制度。[②] 在这全部21个条款中，对合伙的有关制度作了较为全面的规定；在《日本商法典》中则在题为"公司"的第2编的第2、3章规定了属于商事合伙性质的无限公司与两合公司。显然，在日本私法体系中，首先是在民法中将合伙作为行为法用契约法的形式予以规范，从而使合伙的一般关系得到了规制；其次，对于商主体形态的商事合伙，则在商法中作为主体法用公司法的形式予以规范；最后，对于既不能成为一种独立的商主体形态，又超越于一般合伙契约关系的具有商事性质的隐名合伙问题，则通过商行为法这一特殊的行为法的形式予以规制。另外，《日本商法典》第501、502、503条也分别就"绝对的商行为"、"营业的商行为"与"附属的商行为"的具体构成作了明确界定，使得民法与商法的适用有了清晰的界分。由于《日本商法典》关于商法与商行为均采折衷主义立法例，商行为的具体界定对于商法的准确适用就显得格外重要。

4. 韩国立法例考察

被世人誉为"汉江的奇迹"的韩国经济的腾飞，固然得益于多种因素，但可以肯定的是，作为市场经济基本法律的商法，则为韩国经济的

---

① 参见尹小平：《日本商法及其借鉴意义》，载《现代日本经济》，1994（5）。

② 参见王书江译：《日本民法典》，120页，北京，中国法制出版社，2000。

发展提供了制度方面的保障。《韩国商法》制定于 1962 年，又加以在此之前长期适用《日本商法典》，而事实上美国的影响又客观存在，因而《韩国商法》受《日本商法典》影响甚深，又具有美国商法的影子。表现在商行为法上，最为明显的就是，《韩国商法》将绝对商行为与营业性商行为合而为一，称之为“基本的商行为”，并且，适应现代社会经济生活发展的要求，大大增加了基本商行为的种类。这一改进使得《韩国商法》基于辅助性商行为的相对性原理，而导致基本商行为在现实面前明显不足的矛盾得以大大减缓。其结果，当然使得商法的适用更加明确了。

5. 我国澳门地区立法例考察

以《葡萄牙商法典》为蓝本而经本地化了的 1999 年《澳门商法典》极具特色，既吸收了作为德国法系的葡萄牙法的体系与制度上的许多优点，又在此之外吸收了现代大陆法系国家的一些新的立法思想，还虑及澳门处于亚太地区，因而吸收了一些英美法系法律体系的经验。[①] 具体就商行为来说，《澳门商法典》除了在第 3 条对商行为的概念作出界定外，另以“企业外部活动”为题，以多达 500 个条款在第 3 卷对商行为的具体内容作了非常详细的规定。这种规范模式，使得商行为中可能适用的各种规则基本上都得到了明确的规定。也就是说，一般情况下，商行为的有关法律规范，《澳门商法典》都可以做到自足。不过，尽管如此，《澳门商法典》还是在其第 4 条规定：“本法典未规定之情况，由本法典中适用于类似情况之规定规范；如无该等规范，则由《民法典》中与商法之原则不相抵触之规定规范。”由此可见，《澳门商法典》明显地显示出将民法与商法作为两个平行的基本法的立法指导思想。当然，鉴于民法与商法在私法上的同源性，仍然不妨将商法作为民法的特别法，从而使其适用更加科学。我们可以发现，除了未将所有隶属于商法部门的规定于民法典或单行商法涵摄无遗外，《澳门商法典》确实做到了为许多民法学者认为不必要也不现实的体系化规范。尤其是在商行为的一般规定上，《澳门商法典》基本上不必依赖于《澳门民法典》而能够做到在体系内自足。

6. 我国台湾地区立法例考察

仍实行于台湾地区的 1929 年《民法典》采民商合一的立法例。但

① 参见赵秉志总编：《澳门商法典》，1 页，北京．中国人民出版社，1999。

是，虽称民商合一，实际上所谓合一者，只有商人通例之经理人、代办商及属于一般商事行为之买卖、交互计算、行纪、仓库、运送、承揽运送等规定编入债编而已。因此，“商业登记法”、“公司法”、“票据法”、“保险法”、“海商法”等皆成为“民法”之附属法。而这些单行法，都是为适应社会发展需要，补充“民法”规定的不足而设立的。① 应该说，这些单行法中，除“公司法”更多地具有商主体法的属性外，其他的都可归入商行为法的范畴。从“商业登记法”对“商业”的界定看，商业实际上就是指商行为。根据“商业登记法”第2条规定，大陆法系商法典中规定之商行为均存在于该条列举的32种所谓“必须登记之商业”中。② 这种商业登记的目的乃在于，使应登记之事项登记于主管机关，将其营业状态予以公示，一则便于政府实施保护与监督，维护公众利益；二则使公众知悉商业营业之内容，确保交易安全；三则使已登记之商业得依据登记事项对抗他人，主张权利，使其权益获得法律保障。③ 很明显，如果说，关于商业登记之第一项目的纯系登记的一般功能外，后两项目的则仅依商业登记是难以充分实现的。事实上，如果设立商行为制度，使其适用不同于民事法律行为的不同规则，无论对于交易安全与交易相对人利益的有效维护，还是对于商主体自身基于其商行为而产生的权益的维护，都会较之于牵强地适用民事法律行为的有关规定科学而有效得多。

7. 英美立法例考察

应当说，在英美法系国家并没有大陆法系意义上的民法与商法之分，也不存在严格意义上的商行为立法模式问题。不过，商法的概念仍然客观存在。从历史上看，商法的概念可以溯及到1622年首次出版的马里尼斯所著的《商人习惯法》。这一概念最终由自1756年至1788年担任首席大法官的曼斯菲尔德并人普通法中，并将商人们普遍接受的惯例系统化，使之成为法律规则。④ 英国商法学家一般将商法的体系和范围归纳为以下几个方面：商事契约、代理、买卖、分期付款、消费信贷合伙、商号、票据、保险、运输、担保与补偿等。⑤ 因此，尽管没有形

① 参见刘清波：《商事法》，7页，台北，台湾商务印书馆，1995。
② 参见刘清波：《商事法》，13～16页，台北，台湾商务印书馆，1995。
③ 参见刘清波：《商事法》，19～20页，台北，台湾商务印书馆，1995。
④ 参见［英］施米托夫著，赵秀文译：《国际贸易法文选》，27～28页，北京，中国大百科全书出版社，1993。
⑤ 参见范健：《当代主要商法体系论纲》，载《法律科学》，1992（6）。

式意义上的商法，但商法仍然是一个法律上的概念，除了没有商法的基本法外，商行为法倒是大量存在的。在内容上，英国商事立法过去和现在都以买卖活动为中心。另外较为特殊的是，英国有独立的商事司法体系。1895 年开始在伦敦高等法院设立了“商事诉讼目录”，并在 1970 年正式设立了“商事法庭”，使得商事关系可以得到专门法庭的审理。

在美国，与英国一样，并无民法典的存在，但却有对世界影响较大的《美国统一商法典》。该法典制定于 1952 年，后又经过 1958 年、1962 年、1972 年的修订，形成四个文本。尽管这部法律非由联邦立法机关制定，但被绝大多数州所采用，从而成为实际上的统一法典。从内容上来看，《美国统一商法典》基本上可以说就是一部商行为法。该法共 10 编 37 章 418 条。其 10 编的标题分别为：总则，买卖，商业票据，银行存款和收款，信用证，大宗转让，仓单、提单和其他所有权凭证，投资证券，担保交易、账单和动产买卖契约，生效日期和废除效力。很明显，该法是以商业交易为中心进行立法设计的。通过对各种交易活动的具体规范，《美国统一商法典》在市场交易领域基本上能够做到法规的自足，从而使商行为的法律调整较为有效。

四、未尽的结语：我国商行为的立法模式构建思路

要探讨商行为的立法模式，就不能不探讨商法的立法模式。但是，关于民商合一抑或民商分立的问题，以及在承认商法作为民法之特别法的前提下商法应如何立法的问题，如上所述，我国法学界多年来的争论并无定论，或者说还没有形成足以令人信服的论证严谨、说理充分的理论，因此，我们在解决这一问题之前实难对此作出科学的判断。鉴于此，我们应当对商法立法模式问题作专题性研究，通过对当今世界主要的三种商法立法模式的利弊得失予以认真检讨，根据我国以及世界商法理论与实践的最新发展，作出商法立法模式的科学判断。以此为基础，再对各国商法之商行为立法模式的利弊得失予以检讨，立足于商行为规范的体系化与相对集中化，不违背立法的经济原则，对商行为的立法模式作出科学的设计。关于这方面的问题，我们将另文详细探讨。

第十二章

商事裁判的示范法效力

一、问题的提出

尽管中国历来属于大陆法系国家，尤其是新中国成立以后，受苏联立法的影响，更是彻底否认了司法判例的法律渊源效力；然而，近年来，关于中国是否应引进判例法制度的问题，却受到法学界的极大关注。有学者主张我国应顺应两大法系相互融合的时代潮流，在坚持制定法作为主导法律渊源的前提下，引进判例法制度，改变制定法的僵硬性，赋予法律适用以更多的灵活性与适应性。也有学者认为，尽管判例在司法实践中具有一定的指导作用，甚至可以说我国最高法院的判决事实上具有法律渊源的效力，但仍然认为我国不应实行判例法制度。[①] 从总体上讲，持反对说者处于多数地位。然而，在多数学者认为大陆法系国家只是在一定范围内运用判例但并不存在判例法制度观念的背后，事实上很多人忽略了这样一个事实，即在大陆法系国家，现在也逐步重视判例的作用。比如，在法国，行政法的创制适用判例；在德国，最高法院的判决具有先例的约束力；在日本，最高法院出版的“判例集”具有一定的约

① 参见魏振瀛主编：《民法》，15 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2000。

束力；在西班牙、哥伦比亚、瑞士等国，最高法院在宪法问题上的判决具有约束力。[①] 由此可见，至少可以保守地说，即使是在大陆法系国家，判例也具有一定范围或一定程度上的法律约束力。

事实上，具体到商法而言，尽管几乎所有的学者都认为判例作为商法渊源的只有英美法系国家和中世纪的欧洲[②]，但由于商法所固有的特性，商事裁判必然不同于一般法律部门的裁判，具有一定的特殊的法律效力。[③] 我们知道，近代大陆法系国家之所以将成文法作为惟一的法律渊源，很大程度上可归因于盛行于当时欧洲大陆的理性主义的哲学思潮。基于理性主义的理解，具有超人的预见能力的立法者，完全可以对社会生活现实以及未来可能的发展作出准确的判断，从而成文法得以永远适应社会生活实践的要求。然而，这一理想局面的实现必须取决于社会生活相对静止，否则法典就会迅速地与前进的社会生活脱节。[④] 如果说民事立法都会与社会生活实践脱节，从而使民法滞后于社会发展的客观要求的话，那么，可谓瞬息万变而日新月异的商事经济生活实践，则会更加明显地与商事成文立法拉开距离，使得商法表现出更加严重的滞后性。那么，面对这一不可回避的现实，立法者与司法者究竟应当怎样应对呢？对此，固然可以有多种解决问题的具体方案，但我们认为，就可能性与现实性而言，在现行法律环境下，考虑合理发挥商事裁判的法律效力，无疑是一种具有重大价值的方案。基于此，我们特以一个商法研究者的特殊视角，对商事裁判的法律效力予以探讨，以期藉此引起学界与司法界对商事裁判效力的关注与研究。

---

① 参见赵雯、刘培森：《关于建立判例制度的几点思考》，载《山东法学》，1999（6）。

② 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，99页，北京，北京大学出版社，2000。

③ 严格地说，判例本属英美法系的特定用语，该词包含了上级法院的判决对下级法院的同类案件具有约束力的含义，因此并不同于判决或裁判。但在我国法学界，该词正被泛化，很多人都将并不具有一般法律约束力的裁判称为判例。鉴于两者之间确实存在着实质性的区别，并在语词上将本书所要论述的不具有一般法律约束力的裁判与对此后同类案件具有约束力的判例区别开来，笔者特以商事裁判一词指称商事判决文书。不过，在行文中，由于许多学者皆以判例一词指称裁判，为方便起见，笔者又会“不规范地”使用判例一词。

④ 参见徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，163页，北京，中国政法大学出版社，1992。

二、大陆法系国家商事裁判的法律效力考察

（一）大陆法系国家裁判的法律效力演变

如果问及大陆法系国家的法律渊源，答案或许有细微的差别，但绝大多数法律研习者都会毫不犹豫地告诉你，不管怎样，判例并非大陆法系的法律渊源并且不具有一般的法律约束力。应该说，这种回答既准确又不够准确。在大陆法系国家，除了在法律渊源上存在细微差异外，在裁判的法律效力方面也存在着事实上的差异。

欧洲大陆在法律适用上，实行绝对严格规则主义，进而从司法过程中完全排除法官的自由裁量因素的做法，实际上只是进入近代尤其是进入 19 世纪以后的事情。在此之前，经历了漫长的绝对的自由裁量主义。由于绝对的自由裁量主义，实质上就是无法司法，就是人治，其基本理念与近代欧洲的经济、政治与意识形态的环境格格不入，因此受到了普遍的否定。从经济基础方面来说，19 世纪正是资本主义生产方式形成和发展的世纪，这种生产方式对法律提出了自己的要求。其基本要求即为法律必须是合理的法律，而所谓合理的法律就是可预测行为后果的法律，亦即能为社会带来安全感的法律。① “资本主义形式的工业组织，如要合理地运用，就必须能依靠可预测的判断和管理……它所需要的是象机器一样靠得住的法律。”② 因此，“尽管有必要通过解释法律条文的宽阔的自由度来缓和法律的死板性，但法官仍必须依然做法律的奴仆”③。从法律适用原理上讲，法律规定越完善、越缜密，法官的自由裁量权就越小，法律就越有安全性。同时，从资本主义国家的经济史来看，司法干预总是国家干预的重要形式，承认司法自由裁量权即隐含着承认国家干预的可能。而 19 世纪的欧洲大陆各国普遍信奉自由资本主

① 参见徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，154 页，北京，中国政法大学出版社，1992。

② ［德］马克思·韦伯：《世界经济通史》，234、291 页，上海，上海译文出版社，1981。

③ ［法］亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，77 页，上海，上海人民出版社，1987。

义。因此，在一定程度上可以说，19世纪欧洲大陆采取严格规则主义的立法与司法方式，是自由资本主义经济基础的产物。在政治基础方面，资产阶级革命胜利之后的欧洲大陆各国，普遍信奉严格的分权学说，极力排除尚不能为立法者完全信任的法官的法律解释权，因而法官就不可能获得自由裁量权。从意识形态方面来说，19世纪绝对严格规则主义的法典法，是建立在当时以绝对主义的认识论、用自然科学方法对待人文科学、重视几何学方法和形而上学的世界观为特征的理性主义哲学基础之上的。[①]

然而，由于法律技术上的特点，其目的不可能完全实现，因而不可避免地具有局限性，即法律基于其防范人性弱点工具的特质，在取得其积极价值的同时不可避免地要付出相应的代价。具体来说，由于法律作为以语言为载体的行为规范的内在特性，必然具有不合目的性、不周延性、模糊性与滞后性等局限性。因此，法律的价值选择是极为困难的。尤其是随着社会经济生活的迅速发展，这些矛盾就日益明显地凸现出来。于是，长期以来，几乎成为定律的严格规则主义的司法形式逐渐受到质疑。作为20世纪第一部民法典的1907年《瑞士民法典》引言部分第1条第2款即明确规定："无法从本法得出相应规定时，法官应依据习惯法裁判，如无习惯法时，依据自己如作为立法者应提出的规则裁判。"[②] 这一规定意味着成文法的局限性已经为大陆法国家所承认，在立法技术上必然要设立一般条款，以便法官就个案进行价值判断，适时地引进新的价值观念且顾及个案的衡平作出判决。而且，它还意味着大陆法系公开地承认了法官的造法功能，不再是机械的"自动售货机"。在法国，随着社会的不断发展，成文法中的抽象性造成的概念不精确与多含义，以及法律规定的不全面日益显露出来，于是司法判例便承担了使法典与现代社会的需要相适应的职责。同时，司法判例又通过解释对这种社会需求予以发展、补充或限制，既阐发旧的法律思想，又提出新的法律思想。而且，德国联邦宪法法院的判决，其约束力超越本案的当事人，并对联邦及州等宪法机构也具有法律效力；在其他领域，德国法承认，从某些"有指导的案例"，可以引申出新的法律原则，下级法院不得随意偏离有一系列联邦法院判例支持的法律原则。可见，在大陆法

① 参见徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，177页，北京，中国政法大学出版社，1992。

② 殷生根、王燕译：《瑞士民法典》，3页，北京，中国政法大学出版社，1999。

系国家，尽管成文法占主导地位，但法官不再是消极地适用法律，在一定的条件下法官也可以造法。这主要是针对一些法律没有具体规定的情况，法官可以根据法律的基本原则，或从公平、正义等法律价值观念出发，对争议作出创造性的处理。这比之法典修改，既能迅速适应经济生活的变化，避免法律漏洞，又有利于社会稳定。[①]

那么，是否就可以认为大陆法系国家也存在着判例法呢？对此，有人认为，普通法与大陆法都有不同程度的遵循先例的原则，毕竟法律适用要求统一性和确定性，这就是说对类似案件应有类似处理方法，而这也正是法治社会的共同信念。[②] 据此，似乎大陆法系国家也早已承认了判例的法律渊源效力了。然而，我们必须注意到，如果说判例在大陆法系国家确实具有一定的一般法律约束力的话，其产生一般法律约束力的范围是受到严格限定的，只是"在一定程度上"产生效力而已。由于种种原因，在法国承认了行政法律判例在法律创制上的效力，在德国宪法判例也被赋予法律效力，但事实上，不管是哪个大陆法系国家，并未在私法领域明确赋予判例以法律效力。

（二）大陆法系国家商事裁判的法律效力

综上所述，基于私法范畴的商法而产生的商事裁判，当然也不可能具备一般法律约束力。那么，又该如何理解大陆法系国家面对难以预见的市场经济发展形势而采取的立法与司法上的适应性措施呢？我们知道，"法律的稳定性和适应性是每一个现存的法律体系中，两种永恒的、不能解决的冲突倾向"[③]。为了协调二者的关系，大陆法系与英美法系势必要在一定程度上相互吸收、相互借鉴，使其在保持并进一步发挥各自优点的同时，能够较好地克服各自所固有的缺陷。

于是，上述《瑞士民法典》公开地承认了法官的造法功能。在德国民法典债法的修订中，判例的成果起着相当的作用，诸如缔约过失责任、积极的侵害债权与一般人格权等，都是为 1896 年《德国民法典》所未规定而由司法判例确立起来的。但是，尽管如此，严格地说，大陆

① 参见井涛：《司法先例刍议》，载《判例与研究》，1997（1）。

② 参见赵岩：《法律解释方式：从司法解释到判例》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2001（1）。

③ 潘荣伟：《大陆法系的司法判例及其启示》，载《判例与研究》，1998（3）。

法系国家并未在私法领域明确承认判例的法律效力。毕竟，判例法是一种法律渊源，而不是一种适用法律的方法。判例法的精神实质是要求法院将判例作为处理今后相同或相似案件的依据，体现的是其规范效力，在这一层面上它与成文法或制定法具有相同的意义。[①] 因此，大陆法系国家私法领域的判例，严格来说，并不是一种法律，而是一种适用法律的方法和制度。

具体到商法领域来说，商事审判中，由于商法所固有的发展性与变动性，成文商事立法更加不可能完全满足其调整商事交易实践活动的需要，因而势必需要借助于灵活的法律适用方法。因此，长期以来受到严格遵从的绝对严格规则主义开始松动，法官借助于法典中普遍存在的一般条款，频繁进行创造性司法。而这些创造性司法的结果——商事裁判，客观上也确实对其后发生的相同或相似案件，产生了明显的指导作用。从某种意义上讲，这种能够对其后发生的相同或相似案件产生事实上的法律适用指导的商事裁判，在一定程度上具备了判例的效力，只不过不能直接援引而已。从法律适用的本质上说，法律渊源只不过是法律的外壳，关键在于法官适用法律时必须遵从法律的精神，根据案件事实，依照法律规定或一般法律条款作出合理的裁判。基于此，即使是在大陆法系国家，由于商法的发展性与变动性而导致的商法明显的滞后性与不适应性，根据商法的一般规定而作出的创造性商事裁判，必然都会对审理其后发生的同类案件的法官产生一定的影响，从而使其产生能够对其后发生的同类案件形成一定的“约束力”的“法律效力”。当然，这里我们特意加上引号的“约束力”与“法律效力”，与判例法上相同词汇的含义并不相同。其影响力的发生并非制度性的，而是法官在无法可依的情况下，自觉或不得已地借鉴其法律适用方法的结果。从理论上讲，这种现象的出现，一定意义上可归因于理性主义哲学思想的破灭与经验主义思潮所产生的广泛影响。这样，基于经验规则，商事裁判客观上产生了法律效力。

---

① 参见汪建成：《对判例法的几点思考》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2000（1）。

三、商事裁判法律效力之中国法律环境

（一）中国传统法律中判例法律效力

主张引入判例法制度的许多学者都认为，引例断案在我国有悠久的历史，从我国法制史考察中可知，判例法并非“舶来品”。1975年发现的云梦秦简，不仅记载了秦朝的成文法，而且记载了治狱判例20多个，其内容与法律条文一样被司法官员引用。在汉代，审案引例叫“比”或“决事比”，即取判决成例作为司法审判的依据。“决事比”使判例制度进一步发展。南北朝时期，封建法律形式已渐趋完备，除律、令外，又有科、比、格等形式。其中的“比”即包括援引成例定罪。[①] 更有学者明确提出：“我国古代有着成文法与判例法相结合的独特法律体系，我们应当珍视和继承这一宝贵的法律文化遗产，为当今法制建设服务。”[②]

那么，传统中国的法律环境是否真的包含或容纳了判例法制度呢？对此，有学者提出，判例法与经验哲学间有着必然的逻辑关联。并进一步提出，既然判例法与经验哲学间所表现的经验理性的个别性和一般性能形成互需与互补之势，则判例法对经验哲学在理论上的依赖和经验哲学对判例法在实践上的依赖也就是不可避免的、顺理成章的。[③] 在中国哲学数千年的发展中，可以明显地看出尊重人们生活经验的智慧应是其基本特点。表现在法律上，中国古代除了有人所共知的法典式制定法之外，还有发达的判例法。自西周以来，在有据可查的法制史料中，我们可以不断地发现古代中国的判例法。据此，该学者明确提出，事实上，正像英国判例法的发达与其经验主义哲学的发达间具有必然的逻辑关联那样，中国古代判例法的发达同样与其经验哲学的发达间具有必然的逻辑关联。[④]

---

① 参见赵旻、刘培森：《关于建立判例制度的几点思考》，载《山东法学》，1999（6）。
② 杨廷福：《唐律初探》，197页，天津，天津人民出版社，1982。
③ 参见谢晖：《经验哲学之兴衰与中国判例法的命运》，载《法律科学》，2000（4）。
④ 参见谢晖：《经验哲学之兴衰与中国判例法的命运》，载《法律科学》，2000（4）。

另有学者通过对我国传统法律样式的分析，得出我国自古即有判例法的传统。[①] 具体来说，商代的法律样式是“任意法”，西周和春秋的法律样式则是“判例法”，战国开始则又转化为“成文法”。在自西汉至清末的封建时代，中国法律样式的总体风貌是“大混合法”。而“大混合法”包括两层含义：第一是成文法与判例制度相结合；第二是法律规范与非法律规范（或曰准法律规范、半法律规范）相结合。中华民国时期（1912 -1949）可以概括为“小混合法”。“小混合法”是相对于“大混合法”而言的，即仅仅指成文法与判例法相结合，而不包含法律与半法律相结合这一层含义。在北洋政府统治时期，在制定大量单行法规的同时，还编纂与成文法并行并具有同等效力的大理院判例和解释例。在国民党统治时期，成文法获得长足发展并形成“六法”体系。与此同时，还编纂最高法院判例要旨、司法院解释例和判例汇编，作为司法审判的依据。当时的司法院院长居正曾指出：“中国向来是判例法国家，类似英美制度”，在颁布民法之前，“支配人民法律生活的，几乎全赖判例”[②]。由此可见，不仅我国古代社会长期存在着判例法，而且一直到国民党统治时期还继续存在着判例制度。

（二）裁判法律效力之中国现实法律环境

对于新中国的法律样式，前文所引证的学者进一步指出，自新中国成立至“文化大革命”结束的近 30 年间，支配法律实践活动的是执政党和国家的政策。此间的法律样式可以称做“政策法”。自“文化大革命”结束特别是 1978 年党的十一届三中全会以后，则进入法律“成文化”时期。关于中国法律样式的未来蓝图，该学者明确提出，历史和现实已经作出答案，这就是新型的“混合法”。而这种“混合法”的主体便是成文法与判例制度相结合的运行方式。[③]据此，该学者认为在我国现行法律样式中，并不存在判例法，但未来则应引入判例制度，使之与成文法有机结合。

面对中国的具体法律环境，我们真正急需去做的，不是反复论证判例法之于成文法的作用与中国的判例法传统，而是论证中国的现实法律

---

① 参见武树臣：《中国法律样式的反思与重构》，载《学习与探索》，1994（5）。

② 居正：《司法党化问题》，载《中华法学杂志》第 6 卷第 3 号。

③ 参见武树臣：《中国法律样式的反思与重构》，载《学习与探索》，1994（5）。

环境是否需要判例制度以及是否可能引入判例制度。由于司法实践中大量存在着司法解释与司法解释性文件，因此对于判例、司法解释与法律规则的关系，应该有比较清晰的认识。随着社会日新月异的发展，新事物出现的频率要比以前快得多，用规则进行规范并不能保证同样的规则会得到同样的解释，法律面前人人平等这一法律正义的基本准则并不一定会得到遵守，因此，用规则这一形式并不足够。而判例的灵活性可以弥补多样性和普遍性的矛盾，有利于维护法律解释的统一性。因此，有学者主张，我国应确立有限判例制度。[①] 毕竟，在我国的法制建设中，法律的不确定性的特征已是越来越明显了，形成对成文法的合法性和合理性的一种冲击，对于法律权威的确立和法律意识的形成是十分不利的。而对于这个问题的解决，判例法提供了一个很好的思路。判例法中的判例主义可以对我国传统思想中的“合理性”问题提供一个很好的诠释。判例和司法解释的结合可以给法律规则提供一个比较详细、完备的解释。这样，既可以注意到普遍性的情况，也可以注意到个别情况下法律适用的一致性。

那么，中国实行判例制度究竟有没有必要与可能呢？应当说，问题远没有上述学者所主张的那样简单。毫无疑问，在两大法系正日益相互交融的背景下，我国作为大陆法系国家，应当注意吸收判例制度的优点，使成文法的具体适用不至于过于僵化。但是，依据我国古代与近代的所谓判例法传统[②]，以及成文法所固有的局限与判例法所具备的优点，就认为我国必须实行判例制度，则显得过于武断了。然而应当承认，判例的有限适用确实给我国的法律不确定性提供了一个比较好的克服方法。因此，一些学者主张我国应实行有限判例制度还是具有一定的合理性的。不过，该观点的主张者也承认有限的判例有效主义乃是一种对法律规则的解释，而不是一个单独的法源。在法律判决和裁判文书的形成中，判例的引用都是第二位的，规则本身在法律渊源中才是第一位的。[③] 依此，判例具备可以直接援引作为裁判依据的效力。事实上，这一观点仍然过于偏激，在目前的法律环境下，将判例作为裁判的依据，

① 参见沈敏荣：《我国判例制度的建立与完善》，载《上海市政法管理干部学院学报》，2001（3）。

② 就这种结论来说，在理论界实际上是存在较大争议的。

③ 参见沈敏荣：《我国判例制度的建立与完善》，载《上海市政法管理干部学院学报》，2001（3）。

哪怕只是依据之一，也是不妥当的。即使是由最高人民法院印行的典型案例，也只是对审理同类案件的法官有一定的指导意义，而不具备刚性的约束力。至于说为什么要如此，有学者认为，中国不存在与判例法相适应的历史积淀。判例法在英美法系国家的存在少说也有近十个世纪的历史，在这个漫长的过程中，形成了与判例法相适应的丰厚的历史积淀，如对先例的忠诚，对法官的信赖，对法律崇高精神的追求等。判例法可以引进，但适于判例法生长的这些肥沃土壤却是无法移植的，而判例法一旦离开了这些赖以生存的文化背景，不知道会变成什么样子。①

（三）商事裁判法律效力之中国现实法律环境

对于渊源于中世纪商人习惯法的商法而言，急剧发展变化着的商事交易实践，使其与成文商法之间的距离越来越大，从而使商法显示出更大的不适应性。而限于成文法修订上的繁琐性，商法又不可能“与时俱进”地得到适时的修订，从而商法在法律适用上矛盾明显大于其他法律部门。譬如，在公司法与证券法方面，由于我国市场经济体制尚处于建设与完善阶段，除了许多既有制度极不成熟外，更有大量法律空白使得大量商事交易活动处于无法可依的状态。而人民法院又不能以法无规定为由而拒绝受理这类案件。因此，我国许多法院的法官就在不作出任何解释的情况下，一再拒绝受理或者驳回该类诉讼请求。但是，这并非一种合适的处理问题的方式，毕竟法院基于其最后的裁判者的角色是无权以缺乏法律规定为由而拒绝受理或驳回相关案件请求的。② 基于此，赋予商事裁判以判例的效力，似乎显得更加重要。但是，即使是在商法领域，不应实行判例制度的原因仍然存在，或者说至少在现行法律制度下，真正意义上的判例制度并不存在，因此商事裁判仍然不能具备一般约束力。

但是，而对大量无法可依的商事交易活动，既然法律不能置之不问，并且，由于缺乏法律的明确规定，即使商事交易中发生的纠纷得到了受理，也往往会造成相同或相似的案件的审判结果大相径庭，而这种法律待遇上的落差，则是和法律的公平、平等的价值相违背的。此外，

---

① 参见汪建成：《对判例法的几点思考》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》，2000（1）。

② 当然，在司法实践中法官并不给出任何理由，但事实上是以缺乏法律规定为由。

对于商事交易中频繁发生相似案件在其第二次发生时又重新作出解释本身，就是一种有限的司法资源的巨大浪费。更为严重的是，第二次进行的解释，还往往改变甚至严重歪曲第一次进行的解释。这就使得付出巨大司法成本的同时，却未能得到相应的司法收益。可以说，对于像我国这样存在着严重的法律不确定性并正在走向现代法治的国家来说，判例对经验的积累作用确实是不可低估的。因此，如果我们能够赋予商事裁判以明确的示范性的指导效力，使其后发生的同类案件不得背离该商事裁判的内容，在现行法律制度下，对于频繁发生而又日新月异的商事交易活动来说，实属一种合适不过的折衷的解决眼前急迫问题的现实方案。这种商事裁判的法律效力，我们可以称之为商事裁判的示范效力。当然，对于能够产生这种示范效力的商事裁判，应当在制度上作出明确而严格的限制，必须确保每一个被赋予示范效力的商事裁判都是合理而合法的。事实上，我国已有地方法院在进行类似的试验，只不过没有仅仅限定在商事领域而已。

为进一步分析赋予商事裁判示范法律效力的必要性与可能性，我们还可以对一个典型商事案例即“和兴公司诉王慧承担公司清算义务案”予以分析。[①] 和兴公司是王慧等 6 位股东投资设立的有限责任公司。1991 年，和兴公司与万福宫公司签订一份承包合同，依据该合同，万福宫公司将万福宫饭店交付给和兴公司经营，经营期限 10 年。1992 年，和兴公司将万福宫饭店转包给其法定代表人和主要股东王慧承包经营。1993 年，和兴公司被工商局依法吊销营业执照，此后，和兴公司未成立清算组进行清算，王慧亦未交还万福宫饭店。1994 年，万福宫公司以王慧为和兴公司的主要股东之一为由起诉王慧，要求终止承包合同，退还饭店并给付所欠承包费。王慧辩称，和兴公司为有限责任公司，股东以其出资额为限承担有限责任，我作为和兴公司的股东已经投资到位，公司的责任不应由我承担；依据公司法的有关法律规定，清算组需要由有关主管机关即海淀工商行政管理局组织股东等人员进行清算，我本人无法成立清算组进行清算。故万福宫公司起诉我没有任何法律依据，法院应依法驳回其起诉。

诉讼期间，法院依法追加另 5 位股东为本案共同被告，并判决如下：和兴公司与万福宫公司之间的承包协议予以解除；和兴公司由 6 位

① 参见曹建明主编：《经济法与现代企业管理》（上册），126～128 页，北京，新华出版社，2000。

股东组成清算组，王慧将万福宫饭店交还清算组后，再由清算组退还万福宫公司；清算组对和兴公司的债权债务（包括与王慧之间的转包关系的债权债务）进行清算，并用清算后的财产支付所欠万福官公司的承包费。

本案主要涉及吊销后的企业，债权人该不该告、该告谁的问题?

登记主管机关吊销企业法人营业执照的行为属于对企业的行政处罚行为，企业因法人营业执照被吊销而终止，属于被动退出市场。《企业法人登记管理条例》第 38 条规定："企业法人被吊销《企业法人营业执照》，登记主管机关应当收缴其公章，并将注销登记情况告知其开户银行，其债权债务由主管部门或者清算组织负责清理。"《公司法》第 192 条规定："公司违反法律、行政法规被依法责令关闭的，应当解散，由有关主管机关组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组，进行清算。"依据上述规定，被吊销营业执照的企业清算组或者为主管机关或者为主管机关组织的清算组组成，那么，股东作为清算组的成员，具备什么样的地位呢?

依照世界各国通例，股东以及董事会负有在企业终止后清算企业债权债务的责任，是企业基本的清算主体。理论界与司法界对我国《公司法》及有关法律关于吊销后的企业的清算主体所作的规定争议很大，以致现有的裁决一直认为：股东与公司相对独立，股东不是当然的债权债务承受人，即不能当然地成为清算主体；法律规定股东只是清算成员之一，没有主管部门，股东无法单独成立清算组，所以，债权人起诉股东进行清算，法院在程序上就不应予以受理。不予受理的社会后果只能使股东逃避债务，在合法的公司"面纱"下收取非法利益，而债权人的合法利益却得不到正当的保护。本案中，如果对原告的起诉不予受理，原告失去的不仅是承包费用，而且，对自己的房屋也失去了控制，案件的处理显然对债权人不利。故法院根据公司法理依法追加另外 5 位股东为共同被告，对本案进行实体处理是正确的。

很明显，该案的审理有很大的创造性。审理该案的法官没有回避存在法律空白的问题，而是积极地运用现行法律规定与法律理论作出了合理而合法的裁判。如果法律能够赋予该案以明确的示范效力，并且形成制度化的运作，无疑将对我国该类案件的审判产生积极的指导作用。

第 十三 章

商法的立法模式

一、商法立法模式的研究基点

我国民商法法学界对商法基础理论的研究主要集中于民商法的立法模式问题上，因而这一问题的研究已经非常丰富。近年来，对此展开研究的学者已经越来越少，因为在许多学者看来，关于商法的立法模式，在我国似乎已成为一个早有定论的问题。但这种所谓定论却并不统一，而是形成了相互歧异的多种学说。且不说这些令人莫衷一是的观点的是非如何，就商法理论研究而言，面对纷繁复杂的亟待解决的诸多重大理论问题，在商法研究力量极其有限的情况下，倒是要考虑关于商法立法模式的研究价值究竟如何。在我们已经明确了商法的独立性问题之后，关于这一从理论上完全应当独立于民法而存在的法律部门，是否应当作为一个独立的法律文件而单独制定，真正需要关注的不是其是否能够独立立法，而是其是否应该独立立法。因此，我们所要做的工作便在于认真考察商法作为一个独立的法律部门，其独立立法的现实价值。我们知道，大陆法系在将全部法律体系划分为公法与私法这两大基本法律部门之后，又将其细分为诸如民法、刑法、行政法、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法等主要法律部门，在民商分立国家还将商法作为一个独立的法律部门，并依据这种细分的法律部门制定相关法典或其他法律文件。尽管随着社会经济生活的复杂性引起的调整日益复杂的社会经济关系的各法律部门之间愈加明显地相互交融，法律部门的划分已经只具有相对的意义，并在某种程度上存

在着一定的甚至是难以克服的缺陷，譬如20世纪以来，随着基本法典已制定完备，各国普遍制定单行法，而这时的立法也已突破了传统的公私法划分、部门法划分等基本理论；但是，实践证明至少就目前而言，法律部门的划分仍具有非常重要的价值。或者说，相对于依法律部门的划分而建构起来的法律体系，其意义还是要明显大于其弊端的。或许，也正因为此，在两大法系日益融合的情况下，大陆法系仍然坚持了其传统的依法律部门的划分而立法的模式。并且，即便是在英美法系，除了理论上早已存在法律部门的划分外，其日益增多的制定法也有许多依法律部门的划分而制定，如《美国统一商法典》。

就中国的实际情况而言，法律部门的划分以及依法律部门划分理论而立法的理论与实践价值也可谓公知性的问题，无须在此赘述。重要的是，依商法乃独立于民法的法律部门这一基本认识，制定出一部商法典或其他形式意义上的商法，究竟具有怎样的价值？对此，很多人可能又会采用类比的方法，试图用所谓“民商合一乃当今世界立法趋势”的“铁的事实”，来说明还没有制定形式意义上的商法的我国违背这一立法潮流是多么的可笑。并且，有人还会提出，即便是传统的民商分立国家，在这一立法潮流之下，也纷纷改采民商合一的立法模式，可见制定形式意义上的商法并无实际价值。关于这些观点的片面性，我们将在下文详细论述，无意在此赘述。我们所要强调的是，就我国目前以及将来相当长的一段时间内，制定一部形式意义上的商法，使商法在立法上也成为一个独立的法律部门，究竟有无必要，其实践价值如何？

尽管自清末变律以来，我国只是颁布了一个未及施行的《大清商律草案》，从未制定过一部商法典或类似的立法文件，但这一现实并不意味着就是非常合理并非常适合于我国当前经济建设实践的需要的。既然是主张民商合一的学者也承认制定出一部包罗万象的民法典事实上是不可能的，更多的学者则认为应在民法典之外独立制定一系列的单行商事法，那么，问题就在于是否有必要将这些事实上已经或必然要独立于民法典的商法通过法典编纂技术制定出一部商法典或其他形式意义上的商法。我们知道我国自古即无商法传统，也严重缺乏商法所需要以及商法所蕴涵的商法精神与理念，这在自然经济与计划经济条件下倒也并无大碍，但在市场经济体制已经较为完备的今天，所有问题就逐渐凸现出来、成为市场经济发展过程中必须割除的“毒瘤”。因此，我们可以设想，如果我们以法典的编纂技术与要求将商法基本规范集中制定于一部商法典之中，将会对我国现存的许多传统上既长期存在而与市场经济体

制格格不入的习惯、观念、精神乃至制度的革新以及法律适用上产生何种影响？关于形式意义上的商法对于弘扬商法精神与理念的作用，我们已在本书第一章论及，在此我们仅对制定一部商法典对于商法的适用或者说商事法律关系的调整所产生的影响加以评述。

在我国绝大多数学者都认为，商法主要包括商事组织法与商事行为法。依此，以民法典为一般规定与补充规定，以诸如公司法、合伙企业法、个人独资企业法、证券法、保险法、商业银行法、海商法、破产法等商事部门法为商法具体规范，似乎就足以调整商事法律关系，而无须另行制定一部"企图"包容这些内容的商法典。然而，如果我们透过这一看似极为严密的商法体系，就会发现这样一种立法模式必然存在如下缺陷：其一，这些明显超越于民法精神与理念的商事部门法，其相互之间的协调问题如何解决，在现行体制下尚缺乏有效的制度安排。其二，当这些商事部门法尚存在缺乏调整某些特定问题的规范时，尤其是当包含于某部商事部门法之中的商法原则仍不足以解决这一问题时，如何适用法律，如何补充法律的漏洞，在民法基本原则缺乏针对性的情况下，这一问题势难解决。其三，由于民法、刑法等基本法律部门都已经或将要制定相应的法典，在本无商法传统、匮乏商法精神与商法理念的中国，如果不制定商法典，更加可能形成淡化商法的部门法性质与价值的观念，并进一步威胁到实质商法的存在，使得立法者、司法者以及广大的商事交易当事人，在可谓根深蒂固的民法观念的影响之下，难以在商法精神的指引下规范商法的立法、司法与守法的行为。这些问题的存在，就足以说明制定一部商法典之于中国市场经济体制建设的实践价值是何等重大！

在法典编纂的立法模式日益受到怀疑的今天，内容极其繁杂而基础理论研究又较为落后的商法，即便是肯定了制定商法典或其他形式意义上的商法的必要性，在其可能性上也确实面临着许多考验。但是，不管在商法典的立法技术上存在着怎样的难题，在对商法基础理论问题——作出回答以后，就不可能是一个不可克服的问题。

二、商法立法模式的观点评述

（一）商法立法模式的主要观点

在有着罗马法这一共同传统的欧洲大陆国家以及其他大陆法系国家，

不管是否制定了商法典，但基本上都制定了民法典。因此，基于民法之私法基本法的地位，商法的立法模式问题，实际上主要就是民法与商法之间关系的协调或归属问题，具体来说就是民商分立还是民商合一的问题。

自从法国在1804年与1807年先后制定《法国民法典》与《法国商法典》以来，民商分立的立法模式就在绝大多数欧洲大陆国家以及其他大陆法系国家确立起来。民商分立的立法模式几乎成为一种理所当然的制度选择。但是，1847年意大利学者摩坦尼利（Motanelli）“逆潮流而动”率先提出了私法统一论，即民法与商法合而为一论，可谓一石激起千层浪，在大陆法系产生了广泛的影响。在法学界，这一观点迅速得到了不少学者的支持，法国、德国、巴西、瑞士、荷兰、意大利等国都出现了力主民商合一的代表人物，其中较有影响的学者有意大利学者维域提、尼帕德、阿奎尼斯以及日本学者松本烝治等人。不过，严格说来，在一般都笼统称之为民商合一论之中，又可分为两派：一派认为民法规范足以解决所有商事问题，故主张将商事规范纳入民法之中而不必另行制定商法典，绝大多数民商合一论者都属于该派，上列学者即属其例；另一派认为适应商事交易而发展起来的商法制度与原则，已经逐渐成为整个民商事法律的基本制度和基本原则，故主张构建以商法为主要内容的民商法律制度，只有极少数学者属于该派，其代表人物为德国学者里赛尔（Riesser），在立法上则更是无一遵循者。但由于法国、德国等民商分立国家的私法二元化体制已经形成日久，要从立法上予以动摇并非易事，因此学术界的质疑难以产生明显的作用。不过，民商合一的思潮还是在许多国家结出了硕果，瑞士、意大利、荷兰、俄罗斯均在立法上实现了民商合一，一些中东和拉美国家也选择了合一体制。

在我国，尽管至今尚未制定商法典，但关于商法立法模式的争论也较为热烈，尤其是在为民法典的出台作积极的理论准备的过程中，曾经引起了广大民商法学者的研究兴趣。总体上讲，我国民商法学界在商法立法模式问题上形成了三种主要观点。传统民法学者以及许多不加论证就“人云亦云”地否定商法独立性的学者都认为，不管怎样看待商法的地位，无须在民法典之外再另行制定一部商法典，这是毫无疑义的，此可谓民商合一论。[①] 多数商法学者则认为商法作为一个独立的法律部门

① 参见江平主编：《民法学》，57页、北京，中国政法大学出版社，2000；梁慧星、王利明：《经济法的理论问题》，117～122页，北京，中国政法大学出版社，1986；马俊驹、余延满：《民法原论》（上），38页，北京，法律出版社，1998。

固然毫无疑义，在立法模式上也应在民法典之外制定一部商法典亦属不证之理，此可谓民商分立论。① 直至20世纪90年代中期，还有许多经济法学者认为，商法与经济法均以企业为调整对象，两者具有某些共同属性，故应当将我国商事法作为"经济法的组成部分"，此可谓商经合一论。② 近年来，许多民法学者与商法学者都认为，在构建我国的民商立法体系时，既不能模仿传统的民商分立体制，也不能一概借鉴传统的民商合一体制。这就是说，一方面，制定一部单独的商法典的思路不宜采纳；另一方面，否认商法在我国法律体系中的地位或以民法取代商法的做法同样不妥。而认为建立和完善我国的私法体系，应当以民法作为基本私法，以具有部门法性质的单行民法、单行商法作为主干，以众多的民事、商事特别法作为辅助而构建。③ 此可谓商法特别法论。这三种观点，第一种观点与第三种观点实质上已经没有什么区别了。因为即便是持民商合一论者，也承认面对纷繁复杂的社会经济生活，已经不可能以一部民法典将所有私法关系包含无遗了，因而也主张在制定一部统一的私法之基本法即民法典的情况下，再根据社会经济生活的实际需要制定相应的民事特别法与商事特别法。④ 因此，第一种观点及第三种观点与第二种观点相比，实质区别就在于前两者不主张制定独立的商法典或其他形式意义上的商法，而后者则主张在民法典以及商事部门法之外，再另行制定商法典或其他形式意义上的商法。尽管第一种观点与第三种观点还是存在一定的认识上的差异的，即前者更多强调的是民法和商法的共同之处，可谓严格意义上的民商合一论，后者则更多地看到了商法和民法的区别，在否认商法的部门法地位的同时还认为商法仍有存在的价值；但是从是否主张制定商法

---

① 参见范健主编：《商法》，2版，27页，北京，高等教育出版社、北京大学出版社，2002；徐学鹿：《论"进一步完善民商法律"》，载《法制与社会发展》，1995（2）。

② 不过，随着经济法定位的逐渐明确，目前持商经合一观点的人已经极少，曾经持此论者大多已经放弃该观点，故在此不予列举，也未将其作为一种独立的观点看待。

③ 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996（5）；左海聪：《商事法的几个基本理论问题》，载《法学评论》，1996（3）；屈茂辉：《论当代中国商法的性质、地位和体系》，载《法学家》，1998（4）；赵万一：《商法基本问题研究》，113页，北京，法律出版社，2002。

④ 参见马俊驹、余延满：《民法原论》（上），38页，北京，法律出版社，1998。

典这个角度而言，可以将第一种观点与第三种观点合称为民商合一论，将第二种观点称为民商分立论。[①] 我们将在下文以此为基础展开评述。

（二）民商合一论介评

尽管多数商法学者并不承认在罗马法中存在商法，或者说近现代意义上的商法并非渊源于罗马法，但就法律规范的实质而言，还是应当承认罗马法中至少包含了一定的商法规范，因此可以认为民商合一的源流可以追溯到罗马私法。[②] 由于古代商法规范被包容在罗马私法中，所以形成了两法合体、民商不分的情况。但因近代商法直接从中世纪商人法的基础上发展而来，民商合一是在商法作为一种独立的法律体系的地位已经奠定后相对于民商分立现象而出现的概念，因此现代意义上的民商合一是从 19 世纪中叶在西方开始发展起来的。在 19 世纪的私法发展史上，一方面是民商分立体制得以确立并发展到登峰造极的地步；另一方面又正是如上文所述的民商合一的学术思潮澎湃激荡并结出硕果之时。随着私法统一的学术思潮的泛起，商法有无必要以法典形式独立存在愈来愈受到怀疑，并在一些国家的立法中得到了反映，从而出现了民商合一的立法体制。从 1865 年起，加拿大魁北克省在其民法典中对某些商事内容作了规定，放弃了在民法典之外另订商法典。1881 年，瑞士由于宪法上的原因，不制定类似于法、德两国的民法典，而制定债法典，债法典中既包括民事规范，又包括商事规范。荷兰从 1934 年起实现了民法与商法的实质上的统一，规定商法典的条款适用于所有的人，不论是商人还是非商人，并适用于一切行为。意大利在 1942 年的民法典中包括了民法与商法的内容。以苏联为首的社会主义国家在设计自己的法律部门和进行立法时，无一例外地将商法的概念予以摈弃，而只是起草

① 值得注意的是，学界在谈论民商合一和民商分立时，常常是在不同的语义上使用这一对概念的，并代表着各自不同的观点。从目前所见的论述看，这一概念往往在以下四种语义上被使用：其一，立法体例之别，即是否制定独立的商法典；其二，法律部门之别，即民法与商法是否属于同一法律部门；其三，学科体系之别，即是否有必要建立独立的商法学科；其四，调整模式之别，即从实践论的角度讨论要不要对民事纠纷和商事纠纷进行分别的调整。参见王有志、石少侠：《民商法关系论》，载中国法学会商法学研究会编：《中国商法年刊》（创刊号），92～93 页，上海，上海人民出版社，2002。

② 实际上，从这个意义上讲，如我们将在“商法源流的古代法考察”部分所论述的那样，商法规范还可追溯到更久远的年代。

和颁布民法典。俄罗斯在其1994年颁布的民法典中也包括了大量商法规范，坚持了民商合一的立法模式。正如民商分立有其特定的社会根源一样，民商合一也有其形成的特定原因和条件。有学者将其概括为四个方面的原因：首先，自罗马法以来，民法在私法体系中所具有的基础地位和核心作用不但使它在法律制度中坚如磐石、牢不可破，而且还形成了它特有的扩张性和包容性；其次，随着资本主义商品经济的发展，参与经济活动的主体具有普遍性，法律不宜再以主体身份来提供特定保护，这样，从中世纪以来所形成的商人的特殊地位开始逐步消失，从而动摇了商法独立存在的基础；再次，随着时代的进步和经济关系日新月异的变化发展，商法典的内容日益陈旧老化，仅仅通过对商法典本身的改造和修补已经满足不了经济关系的需要，于是大量的商事法规破土而出；最后，学术界对民商分立体制的抨击、质疑以及对私法一元化的竭力倡导，对民商合一体制的形成起到了不可忽视的作用。①

我国民法学界有学者对主张民商合一的理由作了总结，认为主张民商合一的理由主要有：（1）商法是中世纪维护商人利益的法律，现代社会已经不存在中世纪那样的商人阶层，因此也就不需要制定一部专门维护商人利益的法律；（2）如以企业为核心，制定一部调整企业内外部关系的商法，又会形成主体立法而不是行为立法的弊端，有损法律面前人人平等的原则；（3）商品市场是一个由商品生产经营者与消费者组成的统一市场，民商合一对市场商品经济关系进行统一的法律调整，有利于维护市场的统一性，否则就会损害市场的统一性；（4）民商分立，难以避免商法典与民法典内容的重复和矛盾，会形成经济法典与民法典并存同样的弊端，造成法律适用上的困难；（5）商自然人和商法人的营业活动虽然存在一些不同于一般民事活动的特殊问题，但这些问题可以通过制定单行法规的办法来解决，并不构成在民法典之外非制定一部商法典不可的理由；（6）一些原来采取民商分立体制的国家后来改采民商合一体制，说明民商合一已成为私法发展的世界趋势。②

需要说明的是，编者对这些理由并未加以评判，实际上并不能代表他本人的观点。但是，为了不至使人对这些所谓“理由”产生误解，还是有必要在下文的系统分析之前，对这些“理由”加以简单评析。（1）认为“商法是中世纪维护商人利益的法律”，显然是对商法发展历史的

① 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996（5）。
② 参见江平主编：《民法学》，56～57页，北京，中国政法大学出版社，2000。

误解，毕竟在中世纪商人法之后才是近代意义上的商法的真正开始，而近代商法就其本质而言不仅不是商人的特权法，还是对商人赋予更加严格的责任的法律。(2) 所谓以"主体立法而不是行为立法的弊端，有损法律面前人人平等的原则"，实际上是对法律上形式意义上的平等的过于绝对化理解。首先，私法上尽管以平等为其基本原则，但近代民法上抽象平等早已发生了重大变化，立法者已经注意到了"平等主体"之间实际上的不平等，注意到了对"弱者"的特别保护；其次，企业作为法律主体本就明显区别于自然人主体，其内部组织关系只能通过企业法及商法典中商主体相关规范调整。(3) 维护市场的统一性并不意味着要将调整市场交易关系的所有法律都集中规定于同一部法律文件之中，认为民商分立将"损害市场的统一性"，显然是一种甚至有些可笑的误解。(4) 认为"民商分立将难以避免商法典与民法典内容的重复和矛盾"，实际上是对商法典体系的误解。事实上在民商分立国家，其商法典内容并不与民法典中的内容重复，而是针对民法所不能调整的相关制度予以规范。就我国商法立法而言，若将商法定位于主要规范企业内外部关系的法律，则更不会发生与民法典内容重复的问题。(5) 单行商事法规固然可以解决相关具体问题，但上文所论及的商法典的缺失所难以解决的问题也必然继续存在。(6) 以"一些原来采取民商分立体制的国家后来改采民商合一体制"为依据，就妄断这"说明民商合一已成为私法发展的世界趋势"，显然违背了逻辑判断的基本规律。我们知道，以归纳的逻辑思维方式作出判断，这样简单地采取几个样本就得出结论显然是不科学的。况且，这种所谓民商合一的立法模式也并没有证实其与民商分立相比的优越性，可见不足为据。

实际上，上述观点很多与我国在民国时期制定民法典时经过长期争论而形成的《"民商划一"提案报告书》所列理由相似，并且长期以来在关于商法立法模式的争论中，许多持民商合一论者还是在当年"报告书"中寻找其立论依据。应当说，这些 70 多年前的论证即便是在今天仍然具有非常高的价值，值得我国民商法学者深思。正如我妻荣先生所分析的那样，《"民商划一"提案报告书》所列理由确实是过于狭隘与偏激的，因此站在全新的时代背景之下的今天的民商法学者们，应当注意避免在理论研究中重复早已为我妻荣先生所批驳的认识错误。当然，我国当代主张采取民商合一立法模式的民法学者以及商法学者，实际上是在一种新的意义上理解民商合一立法模式的，并不主张一定要将所有的商法规范均规定于民法典之中，仍然肯定将诸如公司法、证券法等商事部门法单

独立法的立法模式，只是否认商法典独立立法的必要性。这种理解可以说是建立在各国实际采行的立法例基础上的一种“自圆其说”的解释，与早期的民商合一论相比已经发生了实质性的变异。[①] 很明显，至今仍在我国台湾地区施行的1929年～1930年的《中华民国民法典》，其立法者声称乃采民商合一立法模式，但实际上并未将商法规范合并于民法典之中，而是在民法典之外另行制定了公司法、证券法、保险法以及商事登记法等商事部门法。因此，从这种意义上而言，所谓民商合一只不过仅仅排斥了商法典的制定而已。绝大多数民商合一论者也已经认识到，不应过高估计传统民商合一体制的优越性；并认为在世界范围的民商立法中，民法的商事化，商法的民事化已形成一种普遍现象，这种现象使民商法的实质内容出现了水乳交融的关系，民商法的实际关系并不因为学者们的“分立”或“合一”主张而出现改变。并且，商事法律规范既可以在传统商法典中表现，也可以在商法典之外以单行法的形式表现，这就是说，现代商法规范的存在形式已经具有了多样性。这些情况表明，现代民商法的关系已进入一个新的阶段。[②]依此，我国民商合一论者给“民商合一”赋予了新的含义。许多民商法学者认为，民商合一并不是简单地将商法并入民法之中，或是将商法完全融入民法之中，或是完全由民法取代商法。民商合一这一概念本身就表明立法上或理论研究上还是将商事法律关系与民事法律关系作了区分。易言之，所谓民商合一，乃以承认民商有别为其立论基础的。因此，并不主张将一切调整纷繁复杂的市场经济关系的规范都集中规定于一部民法典之中，而只是强调由民法对商事法规的指导与统率作用。现代意义上的民商合一应是在充分承认民法与商法各具特性的前提下，将民法内容与商法内容进行充分整合，以最大限度地发挥民法与商法在促进社会经济发展中的作用。

（三）民商分立论介评

所谓民商分立，其基本含义或者说最初含义乃指民法典与商法典自

---

① 民商合一体制的本来含义是民法包含商法，商法规范被包容在民法典之中，但20世纪初以来，随着大量商事单行法规的颁布，民法完全包含商法的现象已经不复存在，因此民商法在事实上很难合一。在这一背景下，民商合一论逐渐演变成商法特别法论，或者越来越多的民商合一论者转而成为商法特别法论者。

② 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996（5）。

成体系，分别立法，各自调整社会经济关系中的民事关系与商事关系。[①] 由于自罗马法到法国民法典，私法与民法几乎是同义语，因此有的西方学者将仅有民法典的私法体系称为“一元化私法体系”，而将民法典和商法典并存的私法体系称为“二元化私法体系”[②]。二元化私法体系，既是民商分立的结果，也是民商分立的表现。关于民商分立体制的特点，我国有学者将其归纳为以下四个方面。[③] 第一，民法典与商法典并存。从国外立法来看，既有民法典先于商法典而立法的，也有商法典先于民法典而立法的。但从中世纪末期欧洲大陆国家的情况看，商法法典化的起步一般要较民法为早。第二，民法与商法的地位和效力不一样。通说认为：民法是普通私法，或者说是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的基本私法，而商法属于民法的特别法。因此，民法与商法的关系，是普通法与特别法的关系。民法的原则和精神适用于商法，但在对商事关系进行调整时，商法优先于民法而适用，即“凡商法典有规定的事项应适用商法典的有关规定，至于商法典没有规定的事项，则适用普通民法的规定”[④]。第三，在司法管辖权方面，民事案件由普通法院管辖，商事案件在一些国家归商事法院管辖。第四，在民商分立的内容方面，民法典一般规定总则、权利主体、权利客体、法律行为、时效、债权、物权、亲属、继承等制度；而商法典一般没有民法典那样系统全面的总则，并主要规定商人、商事公司及隐名合伙、商行为、票据、海商、破产、商业裁判权等制度。从调整范围的角度看，人身非财产关系是民法典的重要内容，但商法基本上不予涉及。在这四点特征中，除第三点不够确切外[⑤]，基本上概括了民商分立的基本特征。

在欧洲大陆法系国家，为什么会在近代私法体系中出现民商分立现象，对此学者们解释不一。其实，发掘民商分立的背景和根源，不难发现，与其他任何法律部门的产生和存在一样，商法的存在直接根源于其

① 关于民商分立的基本发展线索，由于我们已在“商法历史发展考察”部分作专门论述，此处就不赘述。

② 中国人民大学法律系民法教研室编印：《外国民法论文选》（第二辑），4页。

③ 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996（5）。

④ 中国人民大学法律系民法教研室编印：《外国民法论文选》（第二辑），34页。

⑤ 在民商分立国家的现代司法制度中，已经只有像法国这样极少数的国家还存在商事法院，在绝大多数国家商事案件也同民事案件一样，接受民事法院审判，适用民事诉讼程序规范。

调整的特殊的社会经济关系——商事关系的存在。此外，历史传统和各种现实因素也是促成这一现象的不可缺少的条件。可以说，民商分立，既是当时社会经济关系的需要，也是立法者根据当时社会经济关系的特点构建近代私法体系的需要。具体可以从以下三个方面予以把握：首先，在近代各国制定、颁布民法典之前，民商分立实际上已经作为一种客观现实而存在；其次，民商分立也是由商法规范与民法规范的特殊差别决定的；最后，在中世纪的商业关系中，由于贸易倾向于采取严格的特许主义，因此商法的自立及与民法的分立便成为一种自然的历史现象。[①] 尽管在民法典诞生之前，在法国等国家，已经具有商事条例、海事条例等商事法规，但由于近代民法、近代商法都处于孕育发展过程中，因此尚谈不上民商分立问题。法国在制定民法典时，并未将商事、海事等方面的规范包容进去，因此给日后的商法典制定留下了十分有利的空间和机会。一些法学家将这种情况称为立法上的"一个最令人吃惊的疏漏"[②]。实际上，正如我们在第二章之"法国商法独立性考察"部分所论述的那样，法国商法之所以能够产生并非由于所谓立法者的"一个最令人吃惊的疏漏"，而是在当时特定的历史背景之下立法者的理性选择。我们不难想像，就算法国商法典是立法者的疏漏所致，奥地利、德国等广大民商分立国家的立法者不可能都无一例外地发生了这种疏忽。"民法典里没有商法的简单原因是商法没有被当成民法来看待，商法已形成它独特的法律传统，它没有明显的与罗马法有关联的祖先。一句话，优士丁尼的《法学阶梯》里没有它，从而法国法理论里也没有它。"[③] 易言之，商法不像民法那样存在发源于罗马法中的许多制度，而是具有不同于民事规范的许多独特规范，因而不能为民法典所取代。

我国民法学界有学者对于现代社会采行民商分立立法模式的原因作了总结，认为主张民商分立的理由主要有：（1）现代社会虽然已经不存在中世纪那样的商人阶层，但是随着生产社会化程度的提高，企业已经取代传统商人的地位，成为商法的主体；（2）企业在国民经济中具有举

---

① 参见郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996（5）。

② ［美］艾伦·沃森著，李静冰等译：《民法法系的演变及形式》，149页，北京，中国政法大学出版社，1992。

③ ［美］艾伦·沃森著，李静冰等译：《民法法系的演变及形式》，150页，北京，中国政法大学出版社，1992。

足轻重的地位，有必要以商法作为企业的基本法，加强对企业组织及企业行为的法律规范；（3）商事具有一些不同于民事的特点，即使实行民商合一体制，民法典也包容不了全部商事规范，还要在民法典之外再制定单行的商事法规，与其如此，不如继续坚持民商分立体制。① 我们认为这三点理由尽管并不全面，但还是正确的。不过，仅仅以这些理由来支撑民商分立的理论还显得过于单薄，因此我们将在下面以一定的篇幅对私法一元化的局限性与私法二元结构的形成予以简单分析。

在自然经济以及简单商品经济条件下，社会分工与商品交换都处于较为简单的状态，社会成员的私人生活空间十分狭窄。此时，家庭是最基本的生产单位和消费单位，人们从事商品交换的直接或主要目的仍然是为了取得商品的使用价值而非交换价值，即使其货币成为资本得以增值。由此形成的社会关系主要是人与人之间的支配关系（即人身关系）和人对物的支配关系（即财产关系）。与此相适应，私法规范也极不发达，私法制度主要是以人格权为核心的人身权制度和以所有权为主导的家庭财产制度（包括遗产继承制度）。② 因此，即便是到了近代资本主义商品经济条件下，凡是平等主体之间所产生的财产关系和人身关系，均由民法规范调整。

此时的民法与私法几乎成为同义词，当然这并不意味着商法就不存在。只是，商法没有被看作是一个独立的法律部门而是完全被包含于民法之中。这就是大陆法系国家的私法一元化的传统，即可以追溯到罗马私法的民商合一的立法传统。究其原因，当是在自然经济以及简单商品经济时期，以营利为目的的商事关系并不发达，其与一般民事关系尚难区分，以统一的民法调整并无制度上的障碍。及至近代商法已经事实上发展起来，民商分立的格局业已形成，在罗马私法的一元化传统的影响下，如上文所述，在欧洲大陆许多国家又形成了真正意义上的私法一元化的思潮。

然而，商法的客观存在及其随着市场经济的发展而得到相应发展，并不以私法一元化思潮而转移。

尽管谁也无法否认，民法在漫长的历史发展演变中形成了极其深厚的文化积淀和精神底蕴，培育了博大精深的民法文化，使民法具备了巨

① 参见江平主编：《民法学》，57页，北京，中国政法大学出版社，2000。

② 参见［意］朱塞佩·格罗索著，黄风译：《罗马法史》，110～120页，北京，中国政法大学出版社，1994。

大的社会适应性与包容性，并奠定了民法在私法体系中不可动摇的基础地位与核心作用；我们也无法否认，虽然民法已经日益商事化，但商事化后的民法将具有更强的生命力和适应性，而不可能变成商法，具有悠久历史传统的民法在充实了现代商事关系的规范后将变得更顺应时代的需要，对现代经济关系的调整将释放出更强大的能量；然而毫无疑问，民法绝不包含私法的全部，民法的扩张性与包容性也并非无限的。认为民法能够将不断涌现的所有财产关系和人身关系都能纳入其调整范围的想法，确实是不切实际的。民法由于其价值目标所限，其所能规定和确认的只能是商品经济的一般原则和一般条件。商品经济的发展、交易手段的多样化必然使民法对于商品经济关系的确认和调整显得力不从心，具体制度供给必然会被其他私法部门所取代，私法一元化的格局必然发生改变。① 这样，商法就在新的时代背景下，重新焕发出其旺盛的生命力。

商主体经历了由“行商”到“坐商”，再到以公司为典型的现代企业的演变；交易方式也实现了由物物交换向以货币为媒介的财货交换，再到证券交易、期货交易和网上交易等现代交易形式的巨大转换；商主体所面对的市场也绝非狭隘、封闭的地区小市场，而是统一的国际国内大市场，这一切都说明现代市场经济早已不同于商品经济还不是非常发达的19世纪中后期与20世纪初期这一私法一元化思潮泛起的时期。因此，在商业理念、商事交易手段及商事组织形式日新月异的背景下，企图以民法实现私法领域的完全调整是不现实的。

事实上，即便是主张私法一元化的学者也难以否认在民法典之外另行制定诸如公司法、证券法、保险法等单行法的必要性。这就说明，私法一元化的思潮只有在市场经济尚不甚发达的情况下尚可谓有其合理性，或者说私法一元化仅具有相对的意义，并不能将一切私法规范均纳入民法之中。

民法与商法并列存在的私法二元结构的形成与发展，确有其特定的历史原因。不过，必须承认的是，欧洲大陆民商分立的私法二元结构的形成确实有多种原因，并不能说明商法就必须独立于民法；即便是民商分立仍在当今世界占据支配地位，也并不能说明民商分立的私法二元化

① 参见冯果、卞翔平：《论私法的二元结构与商法的相对独立》，载中国法学会商法学研究会编：《中国商法年刊》（创刊号），124、121页，上海，上海人民出版社，2002。

结构就是必然的与必要的。[①] 因此，我们应当在新的时代背景之下，探讨私法二元结构的理论依据。应当承认，民法在其长期的发展过程中确实形成了一套严密的概念和体系，但并非像某些学者所设想的那样，民法的学说和理论可以扩张适用于任何一个新出现的财产关系。譬如，商号权、营业权、商誉权以及股权等商事权利关系，就不能用民法中的物权、债权、知识产权的有关制度加以调整，也不能由民法中的相关理论所解释。如果将这些民法理论无法解释的权利称为新型民事权利，固然可以解决这一理论难题，但这样一来必将付出极其惨重的代价。其结果将使得原本缜密而严谨的民法理论体系遭到严重破坏，从而出现紊乱与不协调的局面。就商法规范而言，虽然不少直接或间接导源于民法的原则、精神甚或制度，但它们更能体现和适应现代商品经济的特征和要求。[②] 可以说商法规范与民法规范之间的关系，仅在于民法规范乃商法规范之一般性与补充性规定。诸如公司法、证券法、保险法、票据法、海商法、商业银行法等单行商法，都具有难以为民法所包容的特质，只能通过商法或单行法的形式表现出来。并且随着市场经济的进一步发展，市场交易形式的日趋复杂化，传统上由民法调整的许多领域都将制定单行法或将其纳入商法。这样，以企业为中心的商法体系就会超越民商合一论者的意志而产生、发展并日益发达、完善起来。当然，就具体的立法模式而言，倾向于采取民商合一立法例的国家，也完全可以不制定商法典，但却不能不在其原本希望能对私法关系作统一调整的民法典之外另行制定各种单行商事法规。并且，对于这些从性质上讲属于商法的单行法规，也完全可能不被称为商法或商事法规，而以民法之特别法指称之，但是不管怎样，只要这种单行法大量存在，就不能否认私法二元结构在事实上已经形成，或者退一步说，至少可以说明民法一元化事实上已经不可能实现了。于是，问题就变成这些独立于民法之外的单行

① 有学者就民商分立的理论依据，在商事交易与民事交易之比较的角度上作了详细探讨，列举了八点商事交易的特殊性：交易主体从自然人到公司；交易客体从特定物到种类物；交易目的从对标的物的实际利用到转卖营利；交易过程从“为买而卖”到“为卖而买”；交易对价从等价到不等价；交易链由短到长；交易特点从随机性到营业性；交易条件从任意到定型。基于此，该学者还进一步提出，商事交易所表现出的这些与民事交易的不同特点，蕴涵着商法与民法截然不同的理念，并要求有相应的不同于民法的特殊规范体系加以保障。参见王有志、石少侠：《民商关系论》，载中国法学会商法学研究会编：《中国商法年刊》（创刊号），93～94 页，上海，上海人民出版社，2002。

② 参见刘凯湘：《论商法的性质、依据和特征》，载《现代法学》，1997 (5)。

法规是否就属于商法，是否有必要将这些单行法规纳入商法典之中？就前者而言，答案比较简单，即随着社会经济的发展，不仅商法规范不能由民法典规定，劳动法等其他法律规范也越来越明显地表现出其独立性，从而逐渐脱离于民法典而单独存在。当然，基于一些特定的原因，也有一些民法规范独立于民法典而单独立法。但总体而言，独立于民法典而单独制定的单行法规，基本上都是其与民法体系不相协调的结果或者说乃其独立性与差异性日益增大的结果。依照我们对商法的界定，可以确认这些法规基本上都可归入商法范畴。至于第二个问题，我们将在下文作深入论述，答案非常明确，即商法典不必将所有商法规范均纳入其中，但即便如此，也不能否认这些单行商法法规的商法属性。这一点，正如民法之单行法规单独存在并不影响其民法属性一样。

三、中国商法立法模式的理论构建

在商法立法上，就当今世界而言，概而言之，有三种立法模式：民商分立模式、民商合一模式、复合模式。[①] 民商分立模式指的是在民法典之外，再单独制定与之并列为私法支柱的商法典。可以说，现今一些主要的资本主义国家都实行民商分立模式。从比较法角度分析，可以认为，民商分立模式之所以至今占有支配地位，不仅在于各国的商法单独立法的历史习惯与长期的法律实践，而且在于其坚实的理论基础。民商合一模式是将民事商事统一立法，即制定统一的民法典。现在实行民商合一的国家主要有瑞士、瑞典、老挝、意大利、俄罗斯等，此外，我国台湾地区仍沿用我国民国时期采行的此例。复合模式主要是以商法典为基础，同时又制定各种商事单行法。这主要是既要保持商法典的稳定性，又要使商事法律制度适应不断发展变化的新形势的需要。这样，即使是在民商分立国家，也不局限于以商法典作为商法惟一的立法模式，而是在以商法典为中心并保持其相对稳定的基础之上，再另行制定各种单行商事法。其结果，既能使商法有一个总的纲领，保持商法体系

① 参见任先行、周林彬：《比较商法导论》，69～81页，北京，北京大学出版社，2000。

的完整、严谨，克服纯粹单行立法的松散，又能充分适应商法多变性和进步性的需要而适时修订。事实上，民商分立模式已经或正在逐渐转变成这种模式。可以说，这一模式已经发展成为当今商法的主流立法趋势。

基于上述各国商法立法模式的实践及上文分析，我们认为中国应采取私法二元结构的立法模式，即采取民商分立的立法模式，在民法典之外再单独制定商法典。从当今世界商事立法的现实与趋势来看，都主要是民商分立，而不是民商合一。就一些主要资本主义国家来看，绝大多数都是实行民商分立的，例如欧洲 20 多个主要资本主义国家中基本上都是实行民商分立立法模式，如法国、德国、奥地利、比利时、葡萄牙、西班牙、卢森堡、爱尔兰、列支敦士登、希腊等国均属此类。在美洲和大洋洲 20 多个主要资本主义国家中，有美国、阿根廷、巴西、墨西哥、智利等 10 多个国家制定有商法典。在亚洲 20 多个资本主义国家中，即有日本、韩国、伊朗、土耳其、印度等 10 多个国家实行民商分立。在非洲也大约有 20 多个国家实行民商分立。

不过，早期主张民商分立者都是在形式意义上提出的，即主张制定单独的商法典。近来商法学界似乎倾向于淡化民商法典分立的必要性与可能性，即淡化商法形式上的独立，而注重商法体系上的独立性。这表明民商分立论已由形式商法主义向实质商法主义转变。事实上，现代意义上的民商分立已经超越了传统民商分立的范畴，即民商分立并不意味着需要制定一部鸿篇巨制的商法典，传统商法典的老化、陈旧及其他弊端已是有目共睹。商法通过大量的商事单行法而存在是当代商事立法的重要表现形式，也是民商分立的新形式。但是，不管商法是否有必要制定商法典，都不应过高估计传统民商合一体制的优越性，而应当看到从基本理念与基本原则上都明显不同于民法的商法或实质意义上的商法独立于民法而存在的价值。尽管包括我国台湾地区在内的许多国家和地区都实行民商合一的立法例，但是如果我们对其民法典及其他私法体系加以考察，就会发现所谓民商合一实际上只不过是没有形式商法（商法典）存在而已，大量的单行商事法规并未被“合一”而成为民法典的组成部分。并且，就这种私法一元化思潮下的立法模式的法律适用而言，也并未起到民商合一论者所鼓吹的便捷与统一的效果。正如比较法学家达维德所指出的：“某些国家提倡或实现了民商法合一，在我们看来其重要性同样的有限”。达维

德还认为：尽管在很多国家民法已经商事化，法典编纂工作使商法失去了它过去完全不同于民法的国际性，但民法与商法在立法上的统一几乎只有形式上的意义。其原因有二：其一，在许多国家（如瑞士、意大利、荷兰），民法与商法在各大学依然构成不同课程的内容，分别由法学家讲授；其二，商法正在变成受政治与社会方面的考虑支配的经济法，这表明在这里公法与私法密切地交织在一起。[①] 对此，法国学者丹尼斯·特伦指出："人们既不能从私法一元化的理论，也不能从民商分立理论中发现至关重要的原理；各持己见的学者都是适应于本国的体制，忽视了这一体制所存在的缺点。"[②] 因此，对于既无民法典也无商法典的中国而言，在关于中国商法立法模式的理论构建上，完全应当心平气和地展开探讨，通过学术争鸣的方式构建一个科学合理的民商法理论体系，从而推动立法上的民商法律制度体系的最终构建。然而，令人遗憾的是，我国学术界一方面竭力倡导"心平气和的讨论"和"兼容并包"的学术态度，另一方面却又似乎容不得异己的声音，民法独撑私法的"一元结构"似乎不容置疑。[③] 对此无疑需要民商法学界乃至整个法学界的共同努力，从我国民商法的理论与制度的科学构建这一伟业出发，得出我国商法立法模式的科学结论。

表现在立法上，作为私法重要分支的商法，却很难在中国找到其赖以生存的土壤。虽然在清末及民国初年先后制定过《大清商律》与《商人通例》，但并未得到真正实施。国民党政府则最终采取民商合一的立法模式。中华人民共和国成立后，长期实行计划经济体制，自然没有商法存在的可能。改革开放后，在纵横二元经济关系的模式下，商法被经济法所"吸收"。随着市场经济体制的逐步建立，《公司法》、《海商法》、《保险法》、《票据法》、《商业银行法》、《证券法》、《信托法》等重要商事单行法终于相继颁布，从而开辟了我国商法制度建设的新纪元。但是，我们不能不承认，这些商事立法是在商法理论准备严重不足的情况下制定的，许多立法本

---

① 参见《当代主要法律体系》84～85 页，转引自郭锋：《民商分立与民商合一的理论评析》，载《中国法学》，1996（5）。

② 中国人民大学法律系民法教研室编印：《外国民法论文选》（第二辑），39 页。

③ 参见冯果、卞翔平：《论私法的二元结构与商法的相对独立》，载中国法学会商法学研究会编：《中国商法年刊》（创刊号），120 页，上海，上海人民出版社，2002。

身就存在诸多先天不足。而我国法学界私法一元化的倾向又日益明显：不仅传统的民法学者否认形式意义上的商法存在的必要性，甚至许多商法学者也怀疑乃至否认其必要性，而主张以民法典附带相关单行法的立法模式。即便是主张制定形式意义上的商法的学者，面对占绝对优势地位的民商合一论者，在关于商法立法模式的态度上也表现得极为谨慎。譬如，在关于民商法的立法模式上，作为起草我国民法典专家组重要成员的著名民商法专家江平教授即认为："在我们起草过程中，大家都认为中国不需要再单独搞商法典，这个我完全赞同。但是，要不要制定一个商事活动的通则，我个人认为还是有必要的。从深圳最近搞的商事条例来看，应该说它的效果还是比较好的。对于商事权利，包括商业账户甚至包括商事人格权，特别是对于商事代理活动，如果有一个统一的规定，应该是更合适的。"① 江平教授还在其一篇学术论文中更加明确地提出："认识民法与商法的关系必须坚持两点论：一是民商融合是趋势；二是民商仍有划分的必要。就立法体例而言，形式上将已经颁布的诸如公司法、票据法、海商法、保险法再统一到一部商法典中确无必要，因此，让它们依然按照商事单行法的模式继续存在自然是顺理成章的。就商法总则而言，有两种模式：一是在民法典中规定，完全实行民商合一；二是在民法典之外另立一部商事通则，依照当初《民法通则》的模式，将有关商事总则的内容加以规定。我个人认为采取第二种模式更为简便可行，如把它们放在民法典中会显得过分累赘，不能突出商法的特征。"② 由此可见，江平教授还是主张制定形式意义上的商法的。但即便是作为民商法学界中少有的支持制定形式意义上的商法的专家，处于种种原因也否认制定商法典的必要性，并且未曾就"商事通则"与商事单行法之间的协调问题作出深入研究，使得该观点未能产生其应有的影响。因此，在"专家立法"的时代背景之下，这一局面必然不利于我国商法及商法理论的健康发展。然而，惟其如此，作为肩负我国商法振兴这一伟大历史使命的广大商法学者更应当通过精深的理论研究，为我国商法立法

① 江平、梁慧星、王利明：《中国民法典的立法思路和立法体例》，载 www.lawintime.com。

② 江平：《民法典：建设社会主义法治国家的基础——专家学者谈中国民法典的制定》，载《法律科学》，1998 (3)。

模式的理论构建作出积极的探讨。

如上所述，我们认为私法一元化已经与现代市场经济体制不合，因而我国应当采取民商分立的私法二元结构。[①] 那么，具体的商法立法模式又应当如何构建呢？至于说日益复杂的商事法律关系决定了将所有的商事法律都纳入到商法典中，几乎是不可能的事，事实上这样做也是完全不必要的。民商分立并不意味着需要制定一部鸿篇巨制的商法典，毕竟商法典作为商事领域的基本法，必然可以也需要商事单行法或商事特别法的同时存在。综观各国商法典，从来就没有将所有商事法律都纳入法典的先例，而是在商法典之外再另行制定单行商事法律。而这一做法既属各国立法惯例，也是当今世界商法的立法趋势。在与民法的关系上，我们认为民法作为私法的基础与核心，当然应以其作为基础与补充。不过，这不等于采行所谓民商合一的立法例。有学者认为，我国仍应坚持民商合一的立法模式，在法律规范的体系上，只制定统一的民法典和单行的民事与商事法规。立法上并不制定统一的商法典对商事关系进行综合调整，而是强调民法典对整个民商事关系的指导与统帅作用，将商事关系作为一种特殊的民事关系来对待和调整。[②] 事实上，这种认识纯属对民商合一与民商分立模式的误解。如上所述，民商分立并不否认民法的基础指导作用与补充作用，恰恰相反，许多国家或地区的商法典中还对此作出明确规定。此外，我们还应注意到经济发展对于商法立法上的要求，以及两大发系日益融合的趋势。这一点，《澳门商法典》值得我们借鉴。以法典为代表成文法不可避免的局限性的客观存在，确实早已打破了理性主义指导之下法典万能的神话，但是在大陆法系国家法典仍然具有非同寻常的意义也是毋庸置疑的事实。即便商法确实缺乏民法、刑法等基本法内在的和谐而严谨的体系结构，难以形成能够完全涵括商事单行法基本制度的总论，

① 我国青年商法学者冯果等对我国实行"私法一元化"的弊端作了较为深入的研究，概括了"私法一元化"的四点弊端：其一，"私法一元化"客观上制约了商法学理论的形成和发展；其二，"私法一元化"严重制约了商人精神的培育和商人素质的提升；其三，"私法一元化"有碍于商事制度的供给；其四，"私法一元化"制约商人制法的进程。参见冯果、卜翔平：《论私法的二元结构与商法的相对独立》，载中国法学会商法学研究会编：《中国商法年刊》（创刊号），131～133页，上海，上海人民出版社，2002。

② 参见赵万一：《商法基本问题研究》，116页，北京，法律出版社，2002。

也不能因此否认商法典的存在价值。[①] 况且，如果仔细考察一下民法典的体系结构，就会发现以企业内外部关系为规制中心的商法也完全可以形成其法典化的逻辑结构。德国法系的五编式民法典结构，一般制定有总则、债权、物权、亲属、继承等五编内容相互关联又相互区别的规范体系。单纯就总则之外的四编内容而言，似乎并无实质关联，完全可以单独存在，但是因其共同调整财产关系与人身关系，从而得以在抽象出的共同原则的基础上形成一个整体。由此可见，只要有一个能够使各主要规范类型相互关联而成为一个整体的因素，即可将这些不同类型的规范合并为一个法典。就此而言，制定出一个涵括商法基本规范的商法典并无理论上的障碍。[②] 不过，为维持全部法律体系的统一与立法上的经济原则，我们认为，在商法典中倒是不必将所有涉及商事关系的一般规则都无一遗漏地加以规定，仍然要注意对民法一般规定的合理适用，但是，对于明显区别于一般民事关系的特殊商事关系的调整规范，则应予以尽可能全面的规定。也就是说，在民法典之外，我们还应制定自成体

① 关于法典化下的概念体系的合理性，早已为学界所质疑。最早对概念体系作批评讨论的学者之一的恩吉斯即反对法律可以有所谓“公理式的体系”。他认为，概念数量之多会一如自然和社会的世界所能提供给我们的一样多，所以，封闭的概念群是不可能的，法律不能是一个封闭的形式体系而应该是以法律指导原则所构成的体系。现存秩序多少是学术所强加的，任何时候都不能主张秩序已经完足，总还会有一些不一致的情况、尚未考虑的情况以及有意突破体系关联的情况。（Engish，Die Einheit Rechtsordnung，S. 83f. 转引自［德］拉伦茨著，陈爱娥译：《法学方法论》，47～48 页，台北，台湾五南图书出版公司，1996。）我国民法学者龙卫球先生在列举了关于民法体系的多种理论认识之后写道：“上述学术分歧可见，关于民法体系问题，在理论上已经进入了新的时代。过去那种完全迷恋概念体系的做法基本上被抛弃。但是学者发展出两个对立的主张：一个仍然坚持法律体系的存在，主张应以法理念为基础，将法律概念框架化，建立开放性的体系；另一个则完全否定法律体系性，坚持规则的多元，认为法律在整体上不过是解决问题的观点目录的汇编。这些学说未来如何，我们正拭目以待。”（参见龙卫球：《民法总论》，2 版，68 页，北京，中国法制出版社，2002。）

② 根据启蒙运动的理论，一部法典可以为某一特定领域中可能出现的所有问题提供答案。法典是一套体系，具有建立于某些共同原则之上的统一的概念，而其精确性正是来自于这种统一性。它能够调整所有可能出现的情况，包括那些以前从未出现过的情况。从这个意义上说，它是完美无缺的。但是，这一理论很快就显露出其不足之处。（参见［德］罗伯特·霍恩等著，楚建译：《德国民商法导论》，63 页，北京，中国大百科全书出版社，1996。）现在各国法学家早已不将法典神圣化了，而只是着眼于法典对于法律规范的集中规范功能。因此，以所谓商法难以编纂成民法典那样的具有高度形式理性的法典，本身就已经是一种被证明是理论误解的观点，不足以成为排斥独立制定商法典的理由。

系而又明确规定以民法典为补充的商法典。至于许多学者所引以为反例的德国、法国等民商分立国家纷纷在商法典之外另行制定了公司法、保险法等商事单行法这一事实，并非商法典的"丧钟"敲响的象征。毕竟在这些国家，经过多次修订之后，其商法典仍然保持着较为旺盛的生命力。而这种仍然保持着一定生命力的商法典，实际上还仅是早已应当现代化的却依然存在着巨大的理论缺陷的近代商法而已。因此，如果以经过系统化的现代商法理论为立法指导，以现代市场经济关系的法律调整为立法目标，真正意义上的现代商法典完全可以胜任商事法律关系的有效调整。当然，即使是内容极为全面的商法典也不可能也不应该排斥诸如公司法、证券法等根据当时的形势确实需要单独立法的商事单行法的存在。如果立法者希望将主要商法部门都以单行法的形式立法，也完全可以将商法典降格为商法通则，只就商事法规的共性问题作出总括性、一般性、原则性规定。

结语：中国商法十年之反思

一、十年成就：一个时代的立法结晶

1992年中国提出建立社会主义市场经济体制的战略构想，作出对中国命运产生历史性影响的抉择，“商法”，当时不仅普通民众，而且对众多法学家而言都可谓一个颇为陌生的概念，如今已经发展成为体系颇为庞大，对经济发展和社会进步都产生着重大影响的法律部门。20世纪的中国，没有一个法律部门像商法一样在短暂的历史时期内获得如此强劲的发展，并对整个社会变革直接产生着实实在在的作用。虽然十年商事立法远未达到现代法制社会理想状态，然而我们仍可以毫不夸张地说，过去十年中商事立法的成就展示着中国一个时代的立法结晶。

1949年10月，新中国建立之后，为了适应经济建设的需要，国家曾颁布过一系列调整经济活动的法规，在1979年以前，由于主要推行计划经济体制，国家颁布并施行的经济法规具有很强的计划经济色彩。它们与其说是法律规范，毋宁说是政策性规定，因为这些法规的内容主要反映国家的经济计划指令，体现行政权力在经济生活中的实现方式。虽然当时也有调整商业活动的经济法规，但它与市场经济条件下的商法不可同日而语。从1979年至1992年，为适应改革开放需要，国家颁布了一批调整经济活动的法律法规，在调整经济活动主体方面颁布了《民法通则》、《全民所有制工业企业法》、《乡镇企业法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《中外合作经营企业法》、《中外合资经营企业法》、

《外资企业法》等；在调整经济行为方面，颁布了《经济合同法》、《涉外经济合同法》等，这些法律法规很大程度上冲破了计划经济体制的樊篱，向商品经济法制迈出了重要一步，但是，从根本上说，这些法律依然没有摆脱计划经济的束缚，它们是中国经济体制转轨时期传统经济法的一个组成部分，还不是现代意义的商法。

1992年以后，为了实现创造市场经济体制这一历史性战略目标，围绕市场经济秩序建立之需要，中国开始了较大规模的商事立法运动，在此期间仿照发达国家商事法体系之构造，在调整商主体方面制定了《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》、《股份合作条例》、《商业银行法》等；在调整商行为方面，制定了《合同法》、《担保法》、《票据法》、《证券法》、《保险法》、《信托法》、《拍卖法》、《期货交易条例》、《破产条例》、《招标法》、《会计法》；在调整商事管理和商事秩序方面，颁布了《公司登记条例》、《公司名称登记条例》、《反不正当竞争法》等等，在制定上述法律、法规的同时，国家还制定了大量的调整各类商行为的行政规章，以《公司法》和《证券法》为例，为了配合适用这两部法律，国务院法制局、中国证监会等部门先后颁布了二百余件行政规章。因此，我们可以毫不夸张地说，经过十年努力，一个与市场经济体制基本适应的商法体系，在中国已经建立起来。

围绕建立市场经济体制这一战略目标，过去十年，中国商事立法可谓是为适应新体制的全方位行动，我们不仅从宏观上考虑了构建现代商事法制的基本商事法律关系，颁布了调整商主体和一般商行为的法律，而且从微观上针对商事行为的行业分类，充分兼顾到特殊商事关系的特点，颁布了一批商事特别法；不仅较多承继了传统商法的精华，更充分吸纳了现代商法的内容，尤其在公司法、证券法、信托法领域，大量借鉴和接受了近几十年来发达国家立法和司法中的最新成果。

围绕建立市场经济体制这一战略目标，过去十年，中国商事立法实现了立法观念的划时代变革。市场主体地位平等、交易行为公正、公平、财产所有权不受非法侵害，以及行为人意思自治、交易自由等一系列与市场经济相适应的现代商法精神和基本原则，在商事立法和司法实践中真正得以实现。商法精神开始被全社会接受，并且成为引导现代经济行为的原则之一，使我们的社会真正步入了现代商业社会。

自19世纪末，中国人为追赶西方现代文明而进行的推进商事立法的努力，由于诸多历史原因，至20世纪90年代之前一直未能实现。从这个角度考察，1992年以来我们为创建市场经济体制而在商事立法上

所取得的成就，实为一个世纪的立法结晶。

二、十年成就留下新困惑：中国商法任重道远

十年历程，中国商法走出了历史的空白，商法作为新的法律部门已经建立起来。然而，商法作为一种制度选择，与其说是法律本身之必然，不如说是一种经济体制转型之必然。与世界各国商法产生和发展的历史过程相似，我国商法制度的建立缺少完备的理论基础，更缺乏可套用的现成模式。虽然基于现实需求和历史经验，我们制定了一批商事部门法，但商法理论本身依然面临着严峻的挑战，中国商法将沿着何种方向发展，至今理论上是模糊的。我们认为，下列问题是现阶段中国商法理论和制度建设中受到关注的主要问题：

1. 商事权利保障与中国经济体制改革进程

中国经济体制改革的成效，取决于市场经济体制能否真正在中国建立起来。由于我们是从高度行政垄断的体制转向市场经济体制，通过行政放权来推进市场体系的建立。因此，我们所走的市场经济建设之路与西方国家完全不同。商事权利作为市场经营主体的基本权利，是维系公平、公正的市场行为和建立市场秩序的基础。如果商事权利不能独立和有效行使，市场经济规则就无从建立。如何将商事权利的保护在商法制度上真正予以落实，不仅在立法上，而且在司法和商事交易活动中，使商事权利不受行政权力和其他权力的干扰和侵害，这是现阶段建立商事法制需要特别予以理论关注的问题。

商事权利保障的核心是在立法和司法中充分体现商主体法律地位平等、权利义务一致的原则。由于我们在体制上还没有能够真正实现向市场经济的转变，立法和司法所表现出来的现象，一种是法律形式上的明显不平等，如在公司法、证券法、外资企业法、刑法等各种法律法规中所体现出来的国有商主体、外资商主体法律地位优越；另一种是形式上的平等和实质上不平等，如在商主体的设立、商主体的经营许可、商主体因债务而重组、商主体法律纠纷的解决等方面，不同权利背景下的商主体在同一市场环境下所获取的不同待遇，常常更严重地表现为权利义务不一致和法律地位不平等。

2. 商主体的独立性及其与其他经济活动主体区别之必要

与商事权利保障密切相关的问题是商主体之独立性。有无必要将商主体从民事主体中独立出来，这在理论上存在颇大争议。同时，商主体与非营利性主体、与从事经济活动的国家主体或政府主体，在权利义务法律性质上如何区分，这方面的研究极为贫乏。

商主体独立的理论难点是商事人格权问题，是否在自然人人格、公益法人人格之外存在着独立商事人格，商事人格权包含哪些内容，它具有何种法律属性，创建商事人格权制度具有何种理论和实践价值，这是目前商法研究的空白，更是商法研究的难点。

商主体独立在实践中的难点是商主体如何处理与投资者形成的，尤其是它以国家或政府名义投资而形成的特殊关系。目前比较被关注的是资产的独立，而事实上，在中国现行体制下，资产的独立仅仅是形式的独立，更为重要的是经营管理人员的独立，如果经营管理者不能在法律上独立起来，不能真正进入市场，相反依然保留着传统干部管理的模式，市场经济所需要的商主体还是难以真正形成。

商主体独立立法上的难点是商主体作为非营利组织，应该归属于何部法律；而大量存在的非营利组织、国家、政府部门在从事活动时所表现出来的主体身份，在法律上应如何定位；它们与商主体之间应保持何种区别，如何规范在不同的法律之中。

3. 商行为的独立性及其商法调整

在商法体系中，商行为应处于非常核心的地位。可以说，商法的独立性与商法典能够独立存在都主要取决于商行为的独立性。商行为并不等同于商主体所从事的行为，而是所有民事主体均可从事的法律行为，因此不能希冀商主体制度能够实现对商行为的有效调整。由于各种民事主体均能成为商行为的实施主体，因此如何实现对这些商主体之外的一般民事主体所实施的商行为的有效调整，应当成为商法研究的重要内容，也应当成为商法典理论建构时的关注重点。

在制度与规范层面上，商行为要远远复杂于商主体。要想将为数众多的商行为法律法规全部涵括于一部统一的商法典中，无论如何都是一种极不现实的想法。商法典固然可以做到对商主体制度加以较为完备的规制，但却难以将所有商行为均纳入商法典的范畴。因此，从这个意义上说，商法典虽然称为“法典”，也并不包括商行为的具体规范。那么，在商法典中究竟应当如何设计商行为的制度与规范呢？无疑，这应当成为商法基础理论研究的重要内容。

4. 商事立法是否必须走向法典化

当代中国法律继承了传统中国法律和大陆法系的立法模式，积极推崇法律的汇编和法典编纂。虽然在法典编纂方面，我还没有较为满意的成功经验，但是，这方面的理论探索从未间断。尤其近年来，伴随着我国民事立法水平的不断提高，制定民法典的呼声日益高涨。在制定民法典的过程中，如何处理好民法与商法的关系，这已成为法学界关注和争论的议题。

大量商事法律法规颁布之后，有无必要或可能将其整理汇编入一部法典之中，这就取决于实际需求，更依赖于立法技术的提高。中国商法的实际运用，已经提出了将分散、零乱的商事法律法规系统化的迫切要求，但传统商事立法的有限经验和现行立法技术的不成熟，已经成为制约这一问题深入探索下去的羁绊。现代社会商事法律调整的范围愈益宽泛，商法规范体系已经变得十分庞大和复杂，有无可能将其制定于一部法典之中，这是立法上的一大难点。中国正在积极制定统一的民法典，在现代商事法律如此发达的社会中一部民法典有无能力包容各类商事法规，将商法纳人其中，这是现行立法体制可能影响商法走向法典化的最大障碍，由此，在民法典没有颁布之前，民商分立与民商合一的理论探讨将会更深人地持续下去。即便是在民法典出台之后，由于民法典不可能涵括商法的所有内容，大量游离于民法典而独立存在的商事法规应当如何整合，有无必要制定一部商事基本法性质的商法典，必然会也应当会继续研究下去。在此问题上，还需要对商法典的体系加以深入研究，通过商法体系的微观层面与宏观层而的深入研究，明确我国商法体系应当如何架构并最终明确是否应制定我国商法典。

5. 商法的历史承继与创新

现行中国商法在商事部门法立法体例上，较多地继承了大陆法系国家的法律传统，在其具体法律规范方面，一定程度吸收了英美国家的经验。然而，从商事立法体例和商法所调整的内容看，现代商法与传统商法、中国商法与外国商法依然存在着颇大差异。例如，传统商法调整的商事法律关系和商行为相对简单，主要是因物的流转而形成的各种关系和行为，而现代商法不仅保留着传统的内容，更增加了证券、无形财产、甚至信息等全新的内容，其商事交易手段也复杂得多。又如，无论大陆法国家商法还是英美国家商法，最初都源于商事交易习惯，故而在立法上一开始都带有浓重的民族传统特色，其后的发展都与本国经济、政治和法律结构的状态密切相关，这种特点构成了商法在一国存在的合理性和被他国借鉴的局限性。正基于此、当代中国商法的创立和发展，

特别需要解决好对历史的和他国的法律传统的借鉴、承继与适合当代中国特定体制、特定条件下的制度创新之间的关系。

6. 中国商法的国际化问题

在中国加入世贸组织之际，面对全球经济一体化和中国经济贸易的国际化，中国商法迫切需要与国际商事法律协调，并解决与外国商法的冲突。它提出了中国商法能否走国际化道路，能否消除政治地域障碍这样一些法学研究中颇具争议的问题。

过去我们对这方面的问题关注不够，近年来，不少学者在理论上提出了此类问题，但实际操作过程中依然存在颇多难点，其中一个重要原因是我们对当代国际法律的研究仍然相当贫乏，对外国商事法体制也知之甚少。伴随着中国正加速开放，扩大国际交往和合作的历史潮流，商法的国际化倾向已经成为中国法制现代化的必然趋势。这方面的研究，不仅对于中国参与世界经济合作产生积极作用，更对于中国商法顺应时代潮流而健康发展产生重要影响，同时，它也会引导中国商法学拓展更为宽阔的研究视野。

主要参考文献

1. 范健．略论中国商法的时代价值．南京大学学报（哲学·人文·社会科学版），2002（3）

2. 范健．中国商法的发展与法律继受．见：范健等主编．中德法律继受与法典编纂．北京：法律出版社，2000

3. 范健．当代主要商法体系论纲．法律科学，1992（6）

4. 范健．公司法与二十一世纪中国经济体制之走向．见：如何开创中国人的二十一世纪文集．台湾大学法学院，1998

5. 范健．德国商法与德国商法典——德国商法中的几个理论问题探析．见：中德经济法研究所1991年年刊．南京：南京大学出版社，1992

6. 范健．商法探源．南京大学学报（哲学·人文·社会科学版），1991（4）

7. 范健．二十世纪世界商法之进展．南京大学学报（哲学·人文·社会科学版），1992（4）

8. 范健．当代商法学研究的几个理论问题．见：范健等主编．中德商法研究．北京：法律出版社，1999

9. 范健．德国商法的历史命运，南京大学法律评论，2002（秋）

10. 范健．商法十年，台湾法学月刊，2002（8）

11. 范健，王建文．商主体论纲，南京大学法律评论，2003（春）

12. 范健等译．德国商法典，见：中德经济法研究所年刊．第6卷．南京：南京大学出版社，1995

13. 范健．德国商行为法探微，现代法学，1994（1）

14. 史际春，陈岳琴．论商法，中国法学，2001（4）

15. 管斌．第八届全国经济法理论研讨会综述，法商研究，2001（2）

16. 乔新生．历史的商法与现实的商法．中南财经大学学报，1999（1）

17. 赵旭东．商法的困惑与思考．政法论坛，2002（1）

18. 刘凯湘．论商法的性质、论据与特征．现代法学，1997（5）

19. 尹彦久．论民法商事化与商法民事化．法制与社会发展，1996（1）

20. 张广荣．民商分立与民商合一的法律思考．北京商学院学报，1999（6）

21. 左海聪．商事法的几个基本理论问题．法学评论，1996（3）

22. 余能斌等．世纪之交看中国民商法的发展．法律评论，1998（5）

23. ［英］克里夫·M·施米托夫．经济变化中的商法．法学评论，1986（5）

24. 徐海燕，张新宝．商事法研究述评．法学研究，1999（1）

25. 吴克友．旧中国民商立法及其借鉴意义．见：梁慧星主编．民商法论丛．第10卷．北京：法律出版社，1998

26. 郭锋．民商分立与民商合一的理论评析．中国法学，1996（5）

27. 邓峰．试论民法的商法化及其与经济法的关系．法学家，1997（3）

28. 江平．民法典：建设社会主义法治国家的基础——专家学者谈中国民法典的制定．法律科学，1998（3）

29. 史际春．关于公司、企业的若干考证和辨析．法学家，1996（4）

30. 李庆．论公司的法律人格．现代法学，1998（6）

31. 王明锁．论中国民商立法及其模式选择．法律科学，1999（5）

32. 胡鸿高．试论新时期中国商法的地位——兼论中国民法典的制定．见：复旦民商法学评论．第一期．北京：法律出版社，2002

33. 梁慧星．从近代民法到现代民法．中外法学，1997（6）

34. 刘士国．论民法是市民社会的一般私法．法学杂志，1999（6）

35. 董炳和．论形象权．法律科学，1998（4）

36. 阮赞林．商号权的几个问题探讨．商业经济与管理，2001（5）

37. 吴汉东．论商誉权．中国法学，2001（3）

38. 吴汉东．论信用权．法学，2001（1）

39. 梁上上. 论商誉与商誉权. 法学研究，1993 (5)

40. 苏号朋，蒋笃恒. 论信用权. 法律科学，1995 (2)

41. 程合红. 商事人格权刍议. 中国法学，2000 (5)

42. 谢晖. 经验哲学之兴衰与中国判例法的命运. 法律科学，2000 (4)

43. 武树臣. 中国法律样式的反思与重构. 学习与探索，1994 (5)

44. 居正. 司法党化问题. 中华法学杂志，第6卷第3号

45. 沈敏荣. 我国判例制度的建立与完善. 上海市政法管理干部学院学报，2001 (3)

46. 汪建成. 对判例法的几点思考. 烟台大学学报（哲学社会科学版），2000 (1)

47. [苏] B. A 亚泽夫著，李培译. 苏联商法是一个综合部门法. 外国法学译丛，1984 (4)：23

48. [苏] Л. N. 菲什曼. 二元论与一元论. 法律与生活，1925 (7～8)

49. [德] 米勒-弗赖恩弗尔斯（Wolfram Muller-Freienfels）. 商法的独立性（Zur Selbstandigkeit des Handelsrechts）. 见：凯梅勒纪念文集（Festschrift fur Ernst von Caemmerer）. 1978

50. [德] 措勒纳（Wolfgang Zollner）. 究竟什么是商法？（Wovon handelt das Handelsrecht?）. 企业及公司法杂志（ZGR）. 1983 (1)

51. 范健主编. 商法. 北京：高等教育出版社，北京大学出版社，2000

52. 范健主编. 商法. 2版. 北京：高等教育出版社，北京大学出版社，2002

53. 范健. 德国商法. 北京：中国大百科全书出版社，1993

54. 赵中孚主编. 商法总论. 北京：中国人民大学出版社，1999

55. 范健. 德国商法：传统框架与新规则. 北京：法律出版社，2003

56. 雷兴虎. 商法学教程. 北京：中国政法大学出版社，1999

57. 徐学鹿. 商法总论. 北京：人民法院出版社，1999

58. 覃有土主编. 商法学. 北京：中国政法大学出版社，1999

59. 王书江. 中国商法. 北京：中国经济出版社，1994

60. 施天涛. 商事立法体例与民法典的制定. 法制与社会发展，

1998 (3)

61. 董安生等．中国商法总论．长春：吉林人民出版社，1994

62. 王保树主编．中国商事法（新编本）．北京：人民法院出版社，2001

63. 寇志新主编．商法学．北京：法律出版社，1996

64. 赵万一主编．商法学．北京：中国法制出版社，1999

65. 高在敏．商法的理念与理念的商法．西安：陕西人民出版社，2000

66. 林嘉等主编．商法总论教学参考书．北京：中国人民大学出版社，2002

67. 任先行，周林彬．比较商法导论．北京：北京大学出版社，2000

68. 王全兴．经济法基础理论专题研究．北京：中国检察出版社，2002

69. 王保树主编．经济法原理．北京：社会科学文献出版社，1999

70. 蒋大兴．公司法的展开与批判：方法·判例·制度．北京：法律出版社，2001

71. 魏振瀛主编．民法．北京：北京大学出版社，高等教育出版社，2000

72. 马俊驹，余延满．民法原论（上）．北京：法律出版社，1998

73. 梁慧星．民法总论．北京：法律出版社，1996

74. 江平主编．民法学．北京：中国政法大学出版社，2000

75. 江平主编．法人制度论．北京：中国政法大学出版社，1996

76. 徐国栋．民法基本原则解释——成文法局限性之克服．北京：中国政法大学出版社，1992

77. 徐燕．公司法原理．北京：法律出版社，1997

78. 王利明等．人格权法．北京：法律出版社，1997

79. 翁文刚，卢东陵主编．法理学论点要览．北京：法律出版社，2001

80. 王俊岩，王保树．市场经济法律导论．北京：中国民主法制出版社，1996

81. 张新宝．名誉权的法律保护．北京：中国政法大学出版社，1997

82. 张文显主编．法理学．北京：高等教育出版社，北京大学出版

社，1999

83. 郑成思．知识产权论．北京：法律出版社，1998

84. 曹建明主编．经济法与现代企业管理（上册）．北京：新华出版社，2000

85. 法学词典（增订版）．上海：上海辞书出版社，1985

86. 宋冰．读本：美国与德国的司法制度及司法程序．北京：中国政法大学出版社．1998

87. ［日］龙田节编．谢次昌译．商法略说．兰州：甘肃人民出版社，1985

88. ［德］罗伯特·霍恩等著．楚建译．德国民商法导论．北京：中国大百科全书出版社，1996

89. ［德］迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译．德国民法总论．北京：法律出版社，2000

90. ［德］马克思·韦伯．世界经济通史．上海：上海译文出版社，1981

91. ［德］K. 茨威格特，H. 克茨．比较法总论．贵阳：贵州人民出版社，1992

92. ［美］艾伦·沃森著，李静冰等译．民法法系的演变及形式．北京：中国政法大学出版社，1992

93. 史尚宽．民法总论．北京：中国政法大学出版社，2000

94. 沈达明．法国商法引论．北京：对外经济贸易大学出版社，2001

95. 郑玉波．商事法．台北：台湾“大中国”图书公司，1998

96. 张国键．商事法论．台北：台湾三民书局，1980

97. 刘清波．商事法．台北：台湾商务印书馆，1995

98. 施启扬．民法总则．台北：台湾三民书局，1996

99. 李模．民法总则之理论与实用．台北：普菱企业有限公司，1998

100. 武忆舟．民法总则．台北：台湾三民书局，1985

101. 陈樱琴．经济法理论与新趋势．台北：翰芦图书公司，1988

102. 赵秉志总编．澳门商法典．北京：中国人民出版社，1999

103. 余文景编译．简明英国法律词典（A concise Dictionary of Ehglish Law）．“Law merchant”词条．香港，1980

104. ［日］四宫和夫著，唐晖，钱梦珊译．日本民法总则．台北：

台湾五南图书出版公司，1995

105. [日] 我妻荣主编．新编律学大辞典．北京：中国政法大学出版社，1991

106. [日] 金泽良雄著，满达人译．经济法概论．兰州：甘肃人民出版社，1985

107. [英] 施米托夫著，赵秀文选译．国际贸易法文选．北京：中国大百科全书出版社，1993

108. [法] 克洛德·商波著，刘庆余译．商法．北京：商务印书馆，1998

109. 金邦贵译．法国商法典．北京：中国法制出版社，2000

110. 王书江，殷建平译．日本商法典．北京：中国法制出版社，2000

111. 吴日焕译．韩国商法．北京：中国政法大学出版社，1999

112. 殷生根，王燕译．瑞士民法典．北京：中国政法大学出版社，1999

113. 吴兆祥等译．瑞士债法典．北京：法律出版社，2002

114. 费安玲，丁枚译．意大利民法典．北京：中国政法大学出版社，1997

115. 黄道秀等译．俄罗斯联邦民法典．北京：中国大百科全书出版社，1999

116. [法] 迭朗善译．马香雪转译．摩奴法典．北京：商务印书馆，1985

117. [苏] B. M. 戈尔东．苏联商法体系．哈尔科夫，1924

118. [英] 戴维·M·沃克主编，北京社会与科技发展研究所编译．牛津法律大辞典．北京：光明日报出版社，1988

119. [德] Larenz. 法律解释与法官的法律修养之间的关系（uber das verhaltnis von interpretaion und richterlicher Rechtsfortbildung）．见：Festschrit Olivecrona 文集．斯德尔哥摩，1964

120. [德] Karsten Schmidt. 商法（Handelsrecht）．3 版．慕尼黑，1987

121. [德] Greifelds 编．法律辞典（Rechts—worthuch）．10 版．慕尼黑，1990

122. [德] Fikentscher．法律的方法（Methoden des Recht III）．第 3 卷．慕尼黑，1976

123. [德] Larenz. 法学方法论 (Methodenlehr des Rechtswissen--schaft). 柏林, 1983

124. [德] 贝克. 商法典及商事法规汇编. 23 版. 慕尼黑, 1990

125. [德] Volker Triebel. 英国的商法与经济法 (Englisches-Handels- -und wirtschaftrecht). 海德堡, 1987

126. [德] 海曼 (Heymenn). 《商法典评纂》(Handelsgesetzbuch (Kommentar)). 1989

127. Capelle/canaries, handelsrecht. Ein Studienbuch, 20. Aufl. 1985.

128. Vgl. Dazu Schlegelberger/Schr? der, Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 5. Aufl. 1973.

129. Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, 12. Aufl. 1986.

130. vgl. z. B. C.-W. Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981.

131. R. Herber, Probleme der gesetzlichen Fortentwicklung des Handels-und Gesellschaftsrechts, ZHR 144 (1980).

132. [英] PLucknell. 普通法简史 (A Concise History of the common Law). 伦敦, 1956

133. [英] C. M. Schmitthoff. 商法 (Mercantile Law). 12 版. 伦敦, 1971

134. [美] Henry Campbell Black, M. A., Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1979, Fifth Edition.

135. 美国统一商法典 (Uniform Commercial Code).

136. [英] Cross. 证据 (Evidence). 4 版. 伦敦, 1974

137. Hans Jurgen Sonnenberger. 法国商法与经济法 (Fran-zosisches Handels-und Wirtschaftrecht). 1975

后 记

本书的编写，至此已经画上一个句号了。在其付梓之际，我们想藉此强调，在本书选题、审稿、定稿的整个过程之中，始终得到了中国人民大学出版社李文彬、郭燕红的热心帮助，在此表示衷心的感谢！陈昊、周洋、王劲松、佟竹青、吴劲松、刘绍奎、朱绍山、金涛、徐金海等研究生帮助多次校对了全部书稿，王雪梅、徐燕欣则帮助打印了全部书稿，在此一并致以谢忱！

范 健

2003 年 12 月